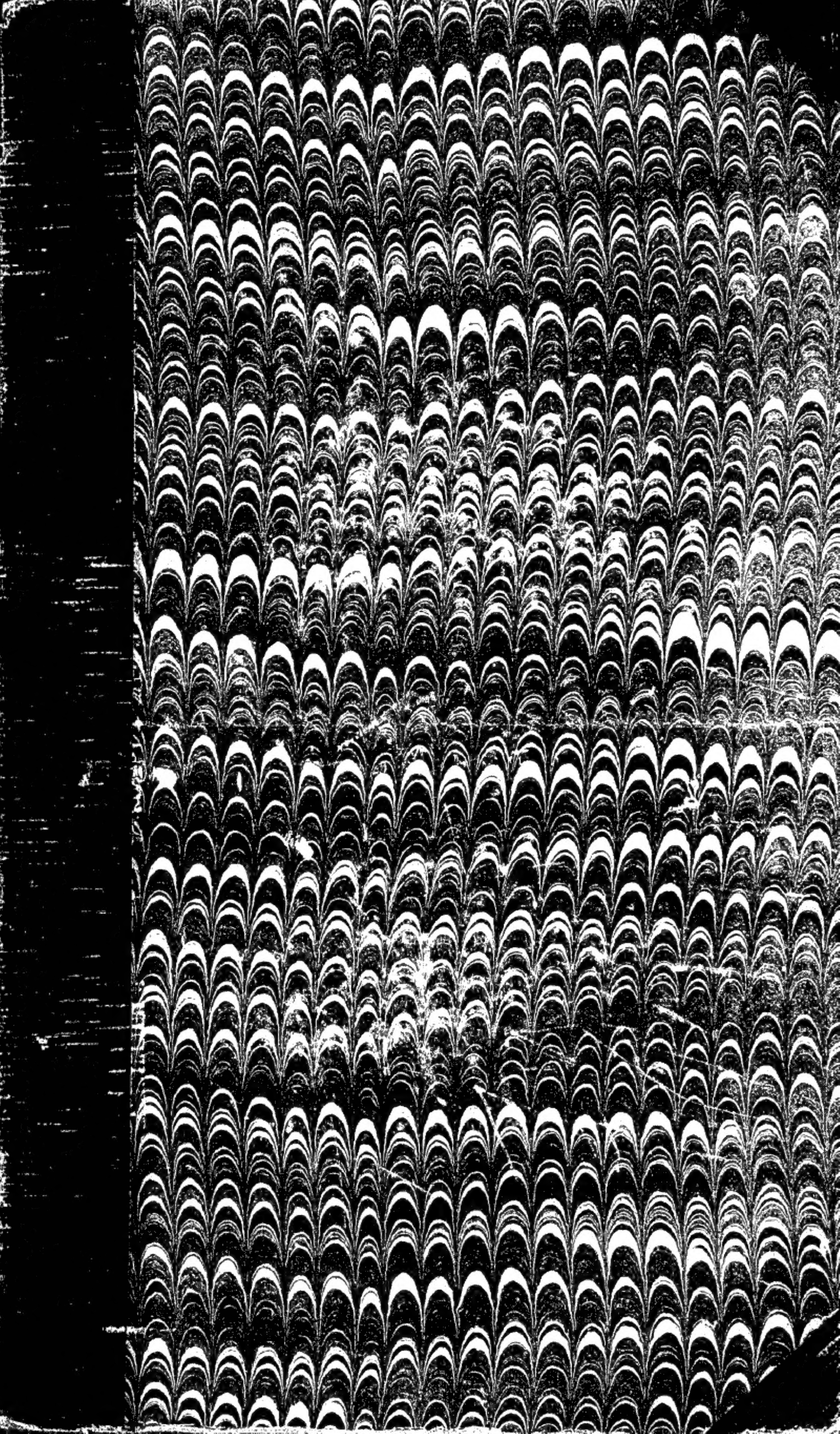


REVUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER.

III.

ANCIENNE COLLECTION.

REVUE ÉTRANGÈRE ET FRANÇAISE de législation, de jurisprudence et d'économie politique; par une réunion de jurisconsultes et de publicistes; publiée, pour la partie étrangère, par M. FOELIX, docteur en droit, avocat à la Cour royale de Paris, membre correspondant des Académies royales de Munich, de Naples et de Turin; pour la partie française, par M. J.-B. DUVERGIER, avocat à la Cour royale de Paris, continuateur de Toullier, et par M. VALETTE, professeur de Code civil à la faculté de droit de Paris, avocat à la Cour royale. — Prix des dix années, de 1833 à 1843, pour les souscripteurs à l'abonnement pour 1847, 200 fr.

NOUVELLE COLLECTION.

REVUE DE DROIT FRANÇAIS ET ÉTRANGER, années 1844, 1845, 1846; pour les souscripteurs à 1847. — Prix : 45 fr.

PARIS. — IMPRIMERIE DE FAIN ET THUNOT,
Rue Racine, 28, près de l'Odéon.

REVUE



DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER

(Continuation de la Revue Étrangère et Française.)

PUBLIÉE,

Pour la partie étrangère,

PAR **M. FOELIX**, DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT A LA COUR ROYALE DE PARIS,
MEMBRE DE PLUSIEURS SOCIÉTÉS SAVANTES.

Pour la partie française,

PAR **M. J.-B. DUVERGIER**,
BATONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR
ROYALE DE PARIS,
CONTINUATEUR DE TOULLIER.

ET PAR **M. VALETTE**,
PROFESSEUR DE CODE CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT
DE PARIS,
AVOCAT A LA COUR ROYALE.

TOME TROISIÈME.



PARIS.

JOUBERT, LIBRAIRE DE LA COUR DE CASSATION,
RUE DES GRÈS, 14, PRÈS DE L'ÉCOLE DE DROIT.

1846



TABLE CHRONOLOGIQUE

DES ARTICLES

contenus dans le troisième volume

DE LA

REVUE DE DROIT FRANÇAIS ET ÉTRANGER

(Continuation de la Revue Étrangère et Française).

1846.

DEUXIÈME PARTIE.

REVUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER.

Examen des phases diverses de la législation française relative aux chemins de fer — Des unions et coalitions de capitalistes et de compagnies financières ayant pour but de soumissionner l'exploitation de ces chemins.

Par M. Paul DUPLAN, avocat à la cour royale de Paris.

Peu d'innovations ont saisi aussi impérieusement et occupé davantage l'attention publique en France que celle des chemins de fer, surtout depuis le moment où la loi en a fait l'application à la grande viabilité ; c'est qu'aussi il n'y en a guère qui aient ouvert plus d'aperçus nouveaux aux esprits et aux intérêts dans l'ordre politique et gouvernemental, et surtout dans l'ordre matériel et économique. Était-il, en effet, rien de moins attendu, est-il rien de plus considérable dans ses résultats que cette magnifique invention? Transporter avec une facilité merveilleuse, et presque avec la rapidité de l'éclair, les hommes et les choses en grand nombre ou en grandes masses, d'un lieu à un autre, à des distances aussi illimitées que la possibilité de la prolongation de la voie de fer, et comme conséquence de cette grande conquête de l'homme sur la nature, opérer le rapprochement des diverses contrées entre elles, produire la fusion et l'échange fécond de leurs forces intellectuelles et de leurs produits matériels, multiplier ainsi pour les populations tous les genres de progrès, effacer les mille difficultés, les soucis, les fatigues et la

plus grande partie des dépenses des voyages : restituer à la puissance reproductrice et au travail national l'immense capital de forces et de temps dont la locomotion occasionnait la perte ; porter sur l'aile des vents la civilisation, la richesse et la vie là où régnaient auparavant la pauvreté, l'ignorance ou la mort ; faire retentir le bruit et l'activité féconde des grandes capitales dans des lieux qu'on en croyait séparés éternellement par les profondeurs silencieuses de l'espace ; placer en quelque sorte, par comparaison avec le passé, le Havre à dix lieues de Paris, Lyon à trente, Marseille à cinquante ; relier enfin plus que jamais, dans le réseau d'une vigoureuse unité intellectuelle, politique, industrielle et commerciale, toutes les parties de la France, et, en même temps, rapprocher dans des proportions analogues cette unité des nations voisines, tel est le brillant tableau que fait de prime-abord apparaître à la pensée l'application de la vapeur à la traction sur les chemins de fer. Une telle idéalité était bien faite pour exalter ces imaginations heureusement si nombreuses dans notre France, que sollicite incessamment le sentiment de ce qui est beau et grand, l'amour du perfectionnement et du progrès, et une sorte de révélation des hautes destinées réservées à la France dans la grande œuvre des réformes sociales et de la civilisation. Et si on ajoute à cela l'émotion profonde des intérêts aussi nombreux qu'immenses dont les chemins de fer doivent opérer le déclassement ou l'anéantissement ; si on se souvient que leur exploitation monopolise nécessairement le service de la locomotion ; que les étapes placées sur les routes parcourues autrefois par les voitures doivent se trouver tout à coup, pour la plupart, plongées dans la solitude, frappées à mort dans la source principale de leur prospérité, que toutes les industries rattachées directement ou indirectement à l'ancien système sont brisées en partie, que sur les lignes parcourues par les chemins de fer, et au loin autour d'elles, les conditions de l'échange et de la vente des produits sont profondément révolutionnées et changées, on sentira et on appréciera encore mieux l'action capitale que la question des chemins de fer a dû exercer et exerce encore sur l'esprit public, qu'elle saisit par mille côtés à la fois.

Aussi, dès le moment où, se débarrassant des nuages de l'ab-

straction et de la théorie, elle est tombée sérieusement dans le domaine de la pratique et de la législation, elle a excité toute la sollicitude de l'opinion publique et celle des hommes qui président aux destinées du pays, et donné lieu aux plus importants débats. Mais comme toutes les questions dont la science est à faire et dans lesquelles il reste à dégager un vaste inconnu, elle a subi au sein de la législation elle-même, et dans ses rapports intimes avec les intérêts du public et de l'État, de nombreuses vicissitudes qui semblent encore loin d'être arrivées à leur terme. Ce sont ces vicissitudes que je me propose de retracer sommairement, pour arriver ensuite à rechercher quelles sont aujourd'hui les garanties légales qui peuvent protéger les intérêts du public et ceux de l'État, dans le contrat synallagmatique que ce dernier consent à passer avec les capitaux industriels et avec l'industrie privée, relativement à l'exécution et à l'exploitation des chemins de fer, et si ce contrat a préssenté jusqu'ici des résultats véritablement avantageux pour les graves intérêts que je viens de mentionner.

§ Ier. — De 1823 à 1837.

Le premier chemin de fer dont la législation réglementaire fasse mention est celui qui fut établi de la Loire au Furens, sur territoire houillier de Saint-Étienne (Loire). Ce chemin fut exécuté et exploité par une société anonyme autorisée par ordonnance royale du 28 février 1823, qui en obtint la concession à perpétuité. Il en fut de même du chemin de Saint-Étienne à Lyon, autorisé par ordonnance du 7 mars 1827, et de celui d'Andrezieux à Roanne, autorisé par ordonnance du 27 août 1828. Jusque-là l'État n'était intervenu que comme protecteur de l'ordre et de l'intérêt publics ainsi que du libre exercice de l'industrie privée.

C'est seulement à partir de la révolution de juillet 1830 que l'importance de l'invention des chemins de fer fixa sérieusement l'attention du public et celle du gouvernement, et fut véritablement comprise. Dans le même temps aussi, les États-Unis d'Amérique et l'Angleterre perfectionnèrent cette précieuse invention, et l'appliquèrent sur la plus grande échelle. Dès lors l'impulsion était donnée. La France songea à ne pas rester en arrière du pro-

grès qui s'accomplissait chez les deux grandes nations, qui partagent surtout avec elle l'empire industriel et commercial du monde. La loi sur les travaux publics du 27 juin 1833 alloua, par son article 12, « une somme de cinq cent mille francs à des » études de chemins de fer. »

Cette allocation était peu considérable ; mais le ministre des travaux publics, M. Thiers, ne l'avait pas demandée plus élevée, à cause des préoccupations qui semblaient déjà animer les chambres et l'industrie. « Je ne viens pas, » avait-il dit dans son exposé des motifs à propos de l'article 12, « vous proposer de créer » des chemins de fer aux dépens de l'État. Non, messieurs ; une » telle pensée ne saurait entrer ni dans votre esprit ni dans le » nôtre. Mais je viens vous proposer de lever les difficultés qui en » France empêchent souvent et retardent toujours l'exécution de » ces chemins. . . . . Les compagnies, ajouta-t-il, ne peuvent » faire étudier ; cela entraînerait des lenteurs et des obstacles im» menses. Le gouvernement possédant un corps d'ingénieurs ha» biles, fera les études préparatoires. Il étudiera le tracé, les » dépenses et le revenu probables, fera les enquêtes préalables, » en opérant tout cela sur une ligne générale et dans des vues » d'ensemble ; il dirigera les efforts des capitalistes de manière à » nous préparer des communications continues et suivies. Vien» dront ensuite les *compagnies exécutantes*, *auxquelles on* » *pourra adjuger sans délai*, *sans perte de temps*, *des travaux* » *réalisables à l'instant même.* »

Tel fut le point de départ du gouvernement et des chambres dans cette grave question. L'État devait par suite, même après avoir fait les études préparatoires pour les tracés, se borner au rôle de concessionnaire, laissant à l'industrie privée le soin d'exécuter à ses frais, risques et périls, sous le bénéfice d'un tarif d'exploitation dont le chiffre et la durée seraient fixés par lui, les chemins qu'il jugerait à propos de concéder.

Jusqu'en 1833 on avait consenti des concessions perpétuelles ; mais on avait enfin reconnu que c'était là un immense abus, et qu'il ne fallait pas aliéner aussi facilement un avenir qui doit appartenir au pays. On en revint donc d'abord à la règle ordinaire, c'est-à-dire au système des concessions temporaires,

de longue durée il est vrai, mais avec stipulation de l'attribution définitive de la propriété du chemin de fer à l'État, à la fin de la concession. C'est ce qui fut réalisé successivement jusqu'en 1837 par diverses lois, et notamment par celle du 29 juin 1833, qui concéda à perpétuité le chemin d'Alais à Beaucaire à la compagnie Talabot; par celle du 9 juillet 1835, qui concéda pour 99 ans le chemin de Paris à Saint-Germain à M. Émile Pereyre; par celle du 9 juillet 1836, qui concéda pour 99 ans le chemin de Montpellier à Cette; par celle du même jour qui autorise le gouvernement à concéder par adjudication, pour une durée qui n'excédera pas 99 ans, les deux chemins de Versailles rive droite et rive gauche.

Ici se trouve le point de départ, il faut le remarquer, des restrictions apportées aux avantages exorbitants qu'on avait jusqu'alors accordés aux compagnies.

Si l'administration et les chambres paraissaient fixées en ce moment sur le principe de l'exécution et de l'exploitation des chemins de fer par l'industrie privée rendue concessionnaire, elles ne l'étaient pas également sur le mode selon lequel la concession aurait lieu. Fallait-il employer le mode de l'adjudication par voie de publicité et de concurrence, ou celui de la concession directe émanant de la loi ou du pouvoir administratif? C'était là, dès ce moment, une grave difficulté que même aujourd'hui le temps et l'expérience n'ont point encore résolue. En faveur de l'adjudication, on faisait valoir l'avantage de ne point abandonner au gouvernement la disposition de vastes entreprises dont il pourrait être tenté de faire un arsenal de faveurs politiques, l'avantage de provoquer la concurrence d'entreprises rivales, d'où résulteraient des rabais et des réductions soit dans les tarifs, soit dans la durée des concessions. Mais on répondait, pour le système de la concession directe, que ces prétendus avantages étaient des illusions; que la concurrence ne pourrait jamais s'établir sérieusement sur des entreprises d'une aussi grande importance que celles des chemins de fer, par suite de l'insuffisance des capitaux industriels; que le mode de l'adjudication engendrerait ou la coalition des capitaux, et dès lors l'absence des rabais espérés, ou des rabais trop considérables et des entreprises téméraires qui jetteraient

la perturbation dans l'exécution des travaux; qu'il valait mieux s'en rapporter à l'intelligence et à la loyauté du gouvernement, lequel traiterait de gré à gré avec les concessionnaires, sauf à faire sanctionner le contrat législativement. Les esprits étaient incertains, et cette incertitude se produisit dans la législation. En effet, tandis que la loi relative aux chemins de fer de Paris à Versailles proclama que la concession en serait adjugée par voie de concurrence et de publicité, une autre loi rendue le même jour pour le chemin de Montpellier à Cette, autorisa la concession directe sans concurrence ni publicité.

§ II. — De 1837 à 1838.

Cependant la question des chemins de fer agitait vivement les esprits. Elle devenait l'objet de publications nombreuses et de graves discussions dans la presse périodique. Trois grands systèmes se produisaient : mais comme il y avait encore beaucoup d'inconnu, comme on n'avait pas des notions parfaitement sûres, soit sur les dépenses d'exécution et d'exploitation, soit sur les produits probables, soit sur les forces et les dispositions du crédit industriel; comme, d'un autre côté, il était difficile d'apprécier exactement quel rôle pouvait jouer ici le crédit de l'État, ces systèmes manquaient de hardiesse aussitôt qu'ils étaient forcés de descendre sur le terrain de la pratique. Aussi résulta-t-il de là, dès le commencement, une foule d'idées mixtes ou complexes qui ont beaucoup contribué à jeter cette grande affaire dans la confusion où elle se débat encore à l'heure qu'il est.

Les hommes politiques et tous ceux qui veulent la centralisation et la force dans le gouvernement, et qui en font une condition essentielle de la puissance et de la sécurité intérieure et extérieure de la France, s'effrayaient à l'idée d'abandonner à des compagnies industrielles un monopole aussi considérable, aussi influent que celui des transports par les voies de fer. Ils disaient qu'on allait rendre ainsi le pays tributaire des financiers, et créer une puissance qui pourrait dans la suite devenir formidable et inquiéter le gouvernement; que l'État avait assez de crédit et était assez riche pour exécuter le réseau des chemins de fer; qu'il y

aurait folie à laisser à des intermédiaires les bénéfices qu'il pourrait faire en les exploitant lui-même; que dans tous les cas, en se privant de ces bénéfices dans l'avenir, alors que son crédit et ses finances le permettaient, il pourrait abaisser les tarifs et procurer au public le bienfait immense d'une locomotion facile et presque gratuite; que ce résultat était le but vraiment social des chemins de fer destinés à devenir, comme les fleuves et les routes qu'ils allaient remplacer, une voie librement ouverte à tous sous l'action du pouvoir public; qu'ainsi l'État devait exécuter les chemins de fer et les exploiter lui-même, ou tout au moins, après les avoir exécutés, les affermer à des compagnies moyennant un prix de fermeaussi réduit que possible, et des baux de courte durée, afin de pouvoir réaliser successivement l'abaissement des tarifs.

Ce beau système ne paraissait pas, à ceux qui le soutenaient, susceptible de présenter financièrement de grandes difficultés. On proposait d'abord d'y affecter en tout ou en partie le capital des caisses d'épargne, qui aurait été garanti d'une part par la propriété des rail-ways eux-mêmes, et de l'autre par l'État, lequel aurait toujours soldé les livrets à bureau ouvert, en argent ou en rentes-actions susceptibles d'augmentation de valeur, au choix du retrayant. Ou bien, si on craignait d'effrayer les petits capitaux des caisses d'épargne, on remplaçait ce moyen par un emprunt spécialement affecté à l'exécution des chemins de fer garanti à la fois par eux et par l'État.

Tel est, dans son expression la plus générale, le système de l'exécution et de l'exploitation par l'État.

De leur côté, les partisans de l'exécution et de l'exploitation par l'industrie privée argumentaient surtout de l'exemple de l'Amérique et de l'Angleterre. Ils prétendaient en outre que l'État était trop obéré pour qu'il fût prudent de sa part de se jeter dans la vaste complication financière de la dépense des chemins de fer; qu'au reste, son crédit n'y suffirait peut-être pas. Ils paraissaient redouter beaucoup de confier à l'administration des ponts et chaussées l'exécution de ces grands travaux, accusant cette administration d'inexpérience, de lenteur et des habitudes les plus dispendieuses dans ses procédés d'exécution. Enfin ils disaient qu'en se servant des associations financières qui seraient chargées

de toutes les dépenses moyennant la concession du droit exclusif d'exploitation pendant un nombre d'années déterminé d'après un tarif, l'État aurait l'avantage, sans bourse délier, de voir s'élever de toutes parts des entreprises qui ouvriraient aux capitaux industriels un utile emploi, et procureraient en peu d'années à la France, par le moyen le plus économique, la création d'un grand nombre de rail-ways, et tous les avantages qu'on doit attendre du nouveau système de locomotion.

Ce langage était appuyé avec chaleur par les capitalistes et par les banquiers, qui comptaient bien recueillir de riches primes dans la grande opération financière qui se préparait. Cependant, la plupart d'entre eux reconnaissaient que le crédit industriel n'était point assez puissant en France pour fournir les ressources nécessaires à l'exécution des grandes lignes. Ils demandaient en conséquence que l'État le rassurât et le soutînt dans cette œuvre importante. Ce système mixte parut alors seul praticable, et bientôt il se produisit dans les projets du gouvernement, qui se proposa de l'employer concurremment avec le système de la concession sans subvention.

En ce moment, la théorie de l'exécution et de l'exploitation par l'État, ou de l'exécution par l'État et de l'exploitation par des compagnies fermières, fut évidemment repoussée.

En conséquence, pendant la session de 1837 et dans les séances de la chambre des députés des 8 mai et 3 juin, le gouvernement présenta plusieurs projets de loi en indiquant, selon le besoin, des combinaisons financières différentes, mais qui avaient pour base les deux autres principes auxquels on s'était arrêté. Il proposait d'établir cinq grandes lignes : l'une de Lyon à Marseille, et les quatre autres partant de Paris, et se dirigeant vers la frontière de Belgique, vers Rouen, vers Orléans, vers Tours par Chartres. Ces lignes devaient être accordées à l'industrie privée, et l'État accordait aux compagnies concessionnaires une subvention de 7 millions pour Rouen, de 3 pour Orléans, etc. La durée de la concession pouvait être de 99 ans; mais le gouvernement introduisait pour la première fois une restriction nouvelle aux avantages accordés jusqu'ici aux compagnies, restriction qui manifestait de sa part le sentiment plus ferme et plus avancé des

intérêts publics. Il stipulait qu'à l'expiration des trente premières années de la concession, et après chaque période de quinze années à dater de cette expiration, les tarifs pouvaient être revisés et réduits suivant certaines conditions. Enfin on ajoutait qu'à toute époque, après l'expiration des trente premières années de la concession, le gouvernement aurait le droit de la racheter au taux moyen du cours des actions pendant les trois années qui auraient précédé le rachat.

Toutes ces concessions devaient avoir lieu par voie d'adjudication avec concurrence, sauf celle du chemin de la Belgique, accordé à M. John Cockerill par convention provisoire dont le gouvernement demandait la ratification.

Quant à la subvention, elle revêtait une forme particulière et nouvelle relativement au chemin de Lyon à Marseille. En effet, pour ce chemin, le concours du gouvernement consistait à garantir à la compagnie un intérêt de 4 pour 100 pendant trente ans sur un capital de 70 millions.

A côté de ces deux premiers modes de concours de sa part, le gouvernement en proposait un autre applicable à des lignes déjà concédées, et dont les compagnies concessionnaires manquaient de capitaux. Il demandait l'autorisation de prêter plusieurs millions aux compagnies des chemins d'Alais à Beaucaire et d'Andrezieux à Roanne.

Enfin, trois projets qui furent plus tard convertis en lois (lois du 17 juillet 1837), avaient pour but d'accorder purement et simplement, sans subvention ni prêt, pour 99 ans et par voie de concession directe, les chemins d'Épinac au canal du Centre, de Mulhouse à Thann, de Bordeaux à la Teste, à des compagnies qui en avaient fait toutes les études.

Ainsi en ce moment, quoiqu'on eût conservé pour les lignes secondaires les anciens errements, le système de l'exécution et de l'exploitation par l'industrie privée était modifié et entamé, eu égard aux précédents, dans les deux points capitaux qui suivent, à savoir : que l'État posait le principe de son intervention et de son concours, soit par une subvention effective, soit par un prêt, soit par la garantie d'un minimum d'intérêt, et qu'après avoir borné déjà la durée des concessions, il pouvait en limiter

encore les effets, en se réservant la faculté de les racheter ou de reviser les tarifs.

Pour ce qui est du mode de concession, le principe n'en était pas fixé d'une manière exclusive, mais on paraissait préférer à la concession directe par le gouvernement, l'adjudication avec concurrence et publicité.

Toutes les grandes questions de théorie que soulevaient les projets du gouvernement vinrent ainsi se présenter devant la chambre des députés. La plupart de ces questions, examinées dans un rapport fait par M. de Rémusat le 25 mai 1837, à propos du chemin de Paris à la frontière belge, donnèrent lieu à une discussion qui s'ouvrit le 16 juin suivant, et qui fut continuée pendant trois séances. Plusieurs systèmes fondamentaux furent exposés, et on y donna aussi de larges développements à des points de vue spéciaux d'art, de tracé, de finances. Mais les éléments de la discussion étaient encore trop confus et trop incertains, la divergence des vues, des intérêts, des systèmes trop profonde, pour que la chambre pût s'arrêter à aucune résolution définitive. En conséquence, elle ne prit point de décision sur le principe nouveau qu'on lui soumettait, et elle ferma le débat par un ordre du jour qui maintenait à la discussion les projets relatifs à des chemins de fer dont l'exécution devait avoir lieu sans subvention de la part de l'État, et qui prononçait le renvoi après le budget, en d'autres termes, l'ajournement à une autre session de toutes les autres lignes. Le chemin de fer d'Alais à Beaucaire, pour lequel un prêt était demandé à l'État, fut le seul excepté de l'ajournement, à cause des grands avantages qu'en attendaient les départements méridionaux, et dont ils étaient pressés de jouir.

§ III. — 1838.

Quoique la question générale sur les chemins de fer, agitée au sein du pouvoir législatif dans la session de 1837, n'eût point été tranchée par ce dernier, elle n'en avait pas moins fait un progrès considérable dans l'esprit du gouvernement, ainsi que nous l'avons vu. L'impuissance du crédit industriel abandonné à ses seules forces semblait reconnue, et le principe de l'intervention de l'État

était posé. Mais on ne devait pas s'arrêter là, et, malgré les efforts des gens de finance, le système de l'exécution et de l'exploitation par l'État avait acquis beaucoup de puissance dans l'opinion du public et dans celle des hommes d'État.

Le gouvernement ne tarda pas à s'associer lui-même à ce mouvement, poussé qu'il y était alors non-seulement par ses propres tendances et par celles d'une partie du public, mais encore par la position que lui avait faite la chambre, en refusant de sanctionner de son vote le système mixte de l'exécution et de l'exploitation par l'industrie privée soutenue par des subventions du trésor. Dans la séance du 13 février 1838, M. le ministre des travaux publics présenta un projet de loi collectif qui embrassait tout à la fois et des travaux de navigation intérieure et l'établissement des neuf grandes lignes de chemins de fer suivantes : 1° de Paris à Rouen et au Havre, avec embranchement sur Dieppe, Elbeuf et Louviers ; 2° de Paris à la frontière de Belgique, par Lille d'une part et par Valenciennes de l'autre, avec embranchement, par la vallée de la Somme, sur Abbeville, Boulogne, Calais et Dunkerque ; 3° de Paris à la frontière d'Allemagne, par Nancy et Strasbourg, avec embranchement sur Metz ; 4° de Paris vers Lyon et Marseille, avec embranchement sur Grenoble ; 5° de Paris à Nantes et à la frontière maritime de l'Ouest, par Orléans et Tours ; 6° de Paris à la frontière d'Espagne, par Orléans, Tours, Bordeaux et Bayonne ; 7° de Paris à Toulouse, par Orléans et Bourges ; 8° de Bordeaux à Marseille par Toulouse, avec embranchement sur Tarbes et sur Perpignan ; 9° de Marseille à la frontière de l'Est, par Lyon, Besançon et Bâle.

Les études de toutes ces lignes avaient été faites par l'administration des ponts et chaussées, mais le ministère ne proposait que l'exécution immédiate de quatre lignes, savoir : de Paris en Belgique, de Paris au Havre, de Paris à Bordeaux et de Marseille à Lyon, pour lesquelles il demandait un crédit de 157 millions. Enfin le ministre abordait en ces termes, dans son exposé des motifs, la grande question de l'exécution et de l'exploitation : « L'État suivra-t-il l'exemple que lui donne la Belgique? exploi- » tera-t-il par lui-même les chemins de fer? organisera t-il une » régie analogue à celle que met en pratique l'administration des

» postes, ou bien confiera-t-il à des fermiers le soin d'exploiter » les voies nouvelles moyennant un prix de bail annuel? Il serait » impossible de décider tout d'abord des questions sur lesquelles » nous n'avons ni les leçons ni le jugement de l'expérience. Il » serait imprudent surtout de donner dès ce moment la sanction » de la loi à tel ou tel mode dont l'usage pourra signaler les in- » convénients encore inaperçus; évidemment il faudra se livrer » à des essais, à des tâtonnements. Nous vous demandons, mes- » sieurs, l'autorisation de tenter ces essais; mais dès qu'une ligne » de fer sera terminée d'une extrémité à l'autre, dès que les ex- » périences faites sur les parties successivement mises en exploi- » tation auront fourni les éléments certains d'un bon système » d'exploitation et du tarif qu'il sera convenable d'appliquer, » alors, messieurs, une loi spéciale viendra consacrer d'une ma- » nière définitive ce système et ce tarif; alors surtout l'État se » trouvera en mesure de traiter, en connaissance de cause, avec » des fermiers auxquels il pourra confier l'exploitation des che- » mins pendant un certain nombre d'années, et toujours, cepen- » dant, pour un terme assez court pour qu'à l'expiration du bail il » recouvre la faculté de modifier les tarifs, et de les approprier aux » besoins nouveaux, aux situations nouvelles que le temps aura » pu créer. »

Il résultait de là que, sans s'expliquer d'une manière définitive et irrévocable sur la question de principe, le gouvernement proposait de mettre à la charge de l'État l'exécution et l'exploitation de quatre grandes lignes comme moyen d'expérimentation. Ainsi le concours du crédit industriel, déjà modifié en 1837, était enfin tout à fait écarté par le gouvernement, préalablement au moins.

Cependant la chambre des députés n'avait point encore une opinion arrêtée, et les difficultés de la décision à prendre parurent si graves et d'une si haute importance, qu'elle décida qu'une commission extraordinaire de dix-huit membres serait chargée de les examiner. M. Arago fut le rapporteur de cette commission. Dans un travail où brille avec éclat son admirable talent d'exposition (*Moniteur* du 26 avril 1838), après de savantes considérations sur les divers moyens de communications et de transports, il déclara qu'il y aurait un inconvénient capital à en-

treprendre simultanément les quatre lignes projetées, principalement en ce qu'on s'enlevait ainsi l'avantage de profiter pour chacune d'elles successivement des perfectionnements dont chaque jour amenait la découverte. La commission ajoutait qu'il ne lui semblait pas prudent d'augmenter les charges de l'État, alors que le budget extraordinaire pour 1839 était déjà chargé de 49 millions destinés aux canaux et aux monuments publics à achever. Elle soutenait de plus, en principe, qu'il fallait abandonner l'exécution des chemins de fer à l'esprit d'association et non au gouvernement [1]. Elle proposait donc le rejet du projet de loi. « Ce rejet pur et simple, disait le rapporteur en finissant, » était la seule voie qui fût ouverte à votre commission pour faire » connaître l'opinion qu'elle s'est formée sur la nécessité d'ap- » peler aujourd'hui les compagnies à l'exécution des grandes » lignes de chemins de fer. Elle n'a trouvé, à regret, aucun » moyen de saisir directement la chambre d'une proposition qui » eût concerné telle ou telle compagnie, telle ou telle des lignes » projetées. Le gouvernement s'empressera sans doute d'user de » son initiative à cet égard..... »

La commission, au surplus, se prononçait pour le système des concessions directes, contre celui des adjudications publiques avec publicité et concurrence.

Enfin la discussion ouverte sur le rapport, le 7 août, se termina le 10 par le rejet du projet ministériel qui avait confié à l'État l'exécution et l'exploitation des chemins de fer proposés.

§ IV. — De 1838 à 1842.

Si le ministère avait eu des idées bien arrêtées sur le grand intérêt public dont il s'agissait ici, il se serait retiré devant ce vote ; mais M. Molé se hâta de se conformer à la préférence que la chambre paraissait donner à l'industrie privée ; et pour que la session de 1838 ne fût pas stérile en ce qui touchait les chemins de fer, le ministre des travaux publics présenta, dans les séances

[1] M. Arago a abandonné depuis cette opinion, en déclarant loyalement, dans le sein du conseil municipal de Paris, qu'il la considérait comme erronée et qu'il s'était trompé en l'adoptant.

des 19, 26 et 31 mai 1838, des projets de lois qui avaient pour but de donner à des compagnies concessionnaires l'exécution et l'exploitation de plusieurs chemins, à leurs frais, risques et périls. C'est alors que fut votée la loi du 6 juillet 1838, qui autorisait la concession du chemin de Paris à Rouen, au Havre et à Dieppe; celle du 7 juillet, qui portait la même autorisation pour le chemin de Paris à Orléans; celle du 9, pour le chemin de Lille à Dunkerque.

La durée de la concession, pour les chemins de Rouen et d'Orléans, était de 70 ans; elle était directe : seulement on exigeait des compagnies certaines garanties contre des abus que l'agiotage avait révélés. Ainsi il était dit que les concessionnaires ne pourraient émettre d'actions ou de promesses d'actions négociables avant de s'être constitués en société anonyme; pour la compagnie d'Orléans, on interdisait aux concessionnaires de se faire payer un prix pour la transmission de la concession à la société; de créer à leur profit ou à celui de leurs agents des actions dites industrielles, c'est-à-dire représentant la part de bénéfice qui leur serait attribuée à titre de récompense ou d'encouragements; de faire, directement ou indirectement, aucune entreprise de transports spéciaux, soit sur le chemin même, soit pour desservir les routes y aboutissant; enfin on stipulait la faculté d'une révision législative des tarifs après cinq ans d'abord, et tous les quinze ans ensuite.

Nous allons voir ce que devinrent ces lois et les stipulations qui en étaient la suite, ainsi que les promesses et les espérances des compagnies, en présence des réalités de l'exécution et sous l'action d'une année à peine écoulée.

A la fin de 1838, et au moment où la loi autorisait les trois concessions qui précèdent, les capitaux paraissaient disposés à s'engager dans les entreprises de chemins de fer, et les compagnies nourrissaient l'espoir de réunir promptement les fonds sociaux qui leur étaient nécessaires. Mais bientôt, et à mesure qu'on avançait vers l'exécution, des difficultés imprévues ou mal appréciées se révélaient. On s'aperçut, d'une part, que les dépenses seraient beaucoup plus considérables qu'on ne l'avait pensé, que les devis primitifs étaient considérablement dépassés,

et, de l'autre, des calculs plus ou moins exacts firent penser que les produits seraient bien inférieurs, dans tous les cas, aux prévisions formées.

L'argent se rattachant aux plus vifs sentiments de conservation qui existent dans le cœur humain, ressemble assez, par suite, à une armée mal aguerrie que la confiance rend téméraire, mais que la moindre panique met aussitôt en déroute. Dès que le doute fut entré dans les esprits sur les bénéfices à espérer des chemins en concession, la campagne fut manquée pour les compagnies. Les capitaux engagés avec elles prirent l'alarme et cherchèrent à fuir; ceux qui n'étaient point encore arrivés sur le terrain battirent en retraite et se cachèrent. Dès lors les compagnies se virent dans l'impossibilité de réunir leur fonds social et de réaliser la conquête que l'industrie avait rêvée. Les généraux de cette expédition avortée, qui étaient les compagnies elles-mêmes, furent entraînés par le torrent, perdirent confiance dans leur œuvre, et se virent bientôt convaincus d'impuissance et de témérité. Une loi résilia la concession du chemin de Lille à Dunkerque (26 juillet 1839), en faisant grâce à la compagnie de la confiscation de son cautionnement, que l'État aurait eu le droit d'opérer; une autre loi (1er août 1839) résilia aussi la concession du chemin de Paris à Rouen et à la mer. La concession du chemin de Paris à Orléans fut profondément modifiée au profit de la compagnie, comme par un acte de la bienfaisance publique que nécessitait sa situation (loi du 1er août 1839). On la dispensa de construire les deux embranchements d'Arpajon et de Pithiviers, et de plus, faut-il le dire? on lui donna, tant sa faiblesse paraissait grande, la libre faculté de ne pas pousser son entreprise au delà de Juvisy, avec deux années de délai pour réaliser cette grande œuvre[1]! Enfin on prêta 5 millions à la compagnie du chemin de Paris à Versailles, rive gauche (loi du 1er août 1839).

C'est à ce moment, et à l'occasion de la loi de modification proposée par le gouvernement pour le chemin de Rouen, que M. de Lamartine fit entendre à la tribune de la chambre des dé-

[1] La loi du 1er août 1839 dit, art. 3 : « La compagnie pourra renoncer, jusqu'au 1er janvier 1841, à la concession pour toute la partie du chemin de fer au delà de Juvisy. »

putés des paroles éloquentes qui peignaient si bien la situation, en indiquant au gouvernement la voie dans laquelle il aurait dû entrer : « Répondrai-je à M. Grandin, s'écria M. de Lamartine, » qui accuse d'impuissance l'État et ses administrateurs? Mais » M. Legrand, qui les honore par ses talents, vient de les dé- » fendre mieux que moi. Je ne répondrai pas; mais si je répon- » dais, ce serait d'un mot : d'un côté je montrerais les compagnies » ayant à la main leurs bilans, leurs actions décréditées, leurs de- » mandes en relevé de déchéance, leurs suppliques pour des prêts, » des subventions, des minimum d'intérêt. Je montrerais le sol » ravagé par elles, et leurs lignes de Paris aux deux mers, abou- » tissant à Juvisy, à Corbeil ou à Pontoise; et d'un autre côté, » je montrerais les routes du mont Cenis, du Simplon, vos ports, » vos canaux, vos huit mille lieues de chaussées, les plus im- » menses, les plus solides, les plus magnifiques monuments que » jamais un peuple ait élevés; et je dirais aux détracteurs obstinés » de nos corps savants, de notre École polytechnique, de nos in- » génieurs civils et militaires : faites-en autant. Quant à moi, je » ne croirai jamais que vous puissiez faire faire à la cupidité et à » l'égoïsme ce que le patriotisme organisé a eu tant de peine et » tant de gloire à accomplir. Je supplie la chambre de rejeter ces » lois, qui sont un pas de plus dans la voie de l'erreur. Réjouis- » sons-nous de ce que nous ne sommes qu'à six mois du point de » départ; déblayons la route encombrée des débris des compa- » gnies; mettons-nous à leur place, et remettons-les à la leur. » Faisons les grandes lignes nous-mêmes peu à peu, une à une, » sans précipitation, sans surcharge pour les contribuables. Com- » mençons par joindre nos deux mers; donnons aux compagnies » toutes les lignes secondaires, comme nous donnons aux dépar- » tements et aux communes les lignes secondaires de nos grandes » routes; et surtout gardons-nous d'entrer dans la voie du mini- » mum d'intérêt et des hypothèques. La France ne livrera pas » son sol, son impôt, les sueurs de ses contribuables à la cupi- » dité des spéculateurs. »

La puissance qu'on avait supposée au crédit industriel et à l'industrie privée n'était donc encore qu'une illusion. En ce moment sans doute il eût été salutaire d'intervertir les rôles, c'est-à-dire

de chercher la puissance et le crédit là où ils résident foncièrement, dans l'État, en faisant la part de l'industrie et en lui concédant les lignes secondaires, ainsi que le gouvernement l'avait voulu lui-même en 1838; mais on ne s'arrêta point à cette idée de transaction, qui pouvait avoir, à notre avis, des résultats si profitables pour les intérêts publics. On songea, avant tout, *à raviver l'esprit d'association près de s'éteindre, et à rappeler les capitaux vers les grandes entreprises.* Telle fut, au spectacle de l'agonie des compagnies, la préoccupation du gouvernement et des chambres dans la session de 1840.

On l'a ravivé en effet, cet esprit d'association des capitaux pour le lucre; mais avec lui, on a ravivé en même temps l'esprit de spéculation quand même et d'agiotage qui, semblables au serpent de la fable, dès que la chaleur leur a été revenue, se sont dressés contre l'État leur bienfaiteur, pour le déchirer de leurs morsures et sucer le sang le plus pur de ses veines!

Pour *raviver l'esprit d'association près de s'éteindre*, il n'y avait pas de meilleur remède que l'or du budget. Il fut donc bien entendu qu'on ne pouvait concéder utilement les grandes lignes immédiatement exécutables, qu'en subventionnant les compagnies, soit par des prêts d'argent, soit par des garanties de minimum d'intérêt. Ce fut là le principe du gouvernement. En conséquence, le ministre des travaux publics (M. Jaubert) présenta dans le cours de 1840 des projets de loi conçus dans cet ordre d'idées, et qui, après avoir été discutés et amendés par les chambres, furent convertis en deux lois à la date du 15 juillet 1840.

La première de ces lois, relative au chemin de fer de Paris à Rouen, consentait à la nouvelle compagnie concessionnaire un prêt de 14 millions à 3 pour 100, remboursables par trentièmes. La concession était de 99 ans. Les prix du précédent tarif étaient augmentés.

La seconde loi comprenait plusieurs chemins : d'abord celui de Paris à Orléans; la concession de ce chemin était de 70 ans, on la porta à 99; on maintint la suppression des embranchements d'Arpajon et de Pithiviers; on éleva les tarifs; on remboursa à la compagnie partie de son cautionnement; on garantit aux actionnaires un minimum d'intérêt de 4 pour 100 pendant

46 ans et 324 jours. Enfin on stipula pour le gouvernement la faculté de rachat de la concession 15 ans après l'achèvement des travaux, dans des conditions qui produiraient des résultats exorbitants contre l'État si celui-ci voulait en user.

La même loi prêtait 12,600,000 francs à la compagnie du chemin de Strasbourg à Bâle, et 4 millions à celle d'Andrezieux à Roanne.

Cependant le cahier des charges, annexé à la loi du chemin de fer d'Orléans, contenait, dans l'intérêt du public et de l'État, contre l'imprévoyance des compagnies, une notable amélioration. Jusque-là, pour proposer aux chambres l'homologation d'une concession, on n'avait exigé que deux choses : que les localités qui devaient être traversées par le chemin de fer en approuvassent l'établissement, et ensuite qu'il se présentât une ou plusieurs personnes consentant à se charger de l'exécution à leurs frais, risques et périls. De ces personnes on réclamait seulement un cautionnement, mais point la preuve de la possibilité de réaliser le capital social nécessaire à l'entreprise. Il résultait de là que la solvabilité de la compagnie restait en question même après la concession. L'article 30 du cahier des charges précité obviait à cet inconvénient en déclarant « que la compagnie ne pourrait » commencer aucuns travaux ni poursuivre aucune expropria- » tion sans avoir, au préalable, justifié par devant l'administra- » tion de la constitution de son fonds social, et de la réalisation » en espèces d'une somme égale au dixième de ce fonds social. »

C'était là le commencement des précautions, bien vaines malheureusement, que devaient nécessiter la témérité des compagnies et la fièvre d'agiotage qu'elles allaient engendrer autour d'elles.

En présentant la loi, le ministre des travaux publics avait dit : « Nous n'excluons point, nous ne voulons point exclure l'exécu- » tion directe par l'État. Nous ne l'admettons qu'en cas d'urgence, » ou lorsque l'impuissance au moins momentannée de l'indus- » trie particulière nous est complétement démontrée. Avant » d'en venir là nous essayerons même, par des secours distribués » avec intelligence et mesure, de rendre aux compagnies la con- » fiance qui leur manque, et de les encourager à entreprendre » ou à achever quelques-unes des lignes dont le pays désire la

» prompte exécution. Ainsi peuvent se concilier, selon nous, le » besoin de ménager le trésor public et la nécessité de donner enfin » à la France les grandes voies de communication qu'elle attend ; » c'est le système le plus vrai, le plus simple, le plus fécond. » Nous croyons qu'il doit satisfaire à la fois ceux qui se préoc- » cupent de l'état de nos finances et ceux qui veulent que la » France ne reste pas en arrière de l'étranger. »

Par application du premier de ces principes, le ministre demanda des crédits pour faire exécuter aux frais de l'État le chemin de Montpellier à Nîmes et celui de Lille et Valenciennes à la frontière de Belgique, crédits qui lui furent octroyés par les articles 23 et 24 de la loi.

§ V. — De 1842 à 1844.

Nous touchons à une phase décisive et capitale dans l'histoire de la législation des chemins de fer; je veux parler de celle qui se manifesta par la loi du 11 juin 1842.

Si nous jetons un regard en arrière sur la route déjà longue et sinueuse que nous venons de parcourir, nous voyons, à l'origine de l'application des chemins de fer à la locomotion, l'État ayant complétement abandonné à l'industrie privée leur exécution et leur exploitation, moyennant des concessions perpétuelles ou de 99 ans. En 1837, par suite de l'insuffisance du crédit industriel, il pose le principe de son concours et de son intervention par des secours d'argent à accorder aux compagnies, et en même temps il se réserve la faculté de réviser les tarifs et de racheter les concessions, c'est-à-dire de recouvrer la propriété des chemins de fer avant l'expiration des concessions; mais la chambre ayant rejeté d'une manière implicite les subventions faites aux compagnies, le gouvernement cherche à entrer dans le seul système qui nous paraisse propre à satisfaire les intérêts publics, en demandant l'autorisation de faire sur quatre grandes lignes l'épreuve de l'exécution et de l'exploitation par l'État. Nouveau rejet de la part de la chambre, qui condamne encore implicitement ce système comme elle avait fait du système basé sur les subventions, et qui paraît vouloir décidément faire appel aux seules forces de

l'industrie privée. La lutte des idées était flagrante; mais le gouvernement céda, et dès lors il ne s'arrêta plus sur la pente où on l'avait poussé. Nous l'avons vu en effet, dans la session même de 1838, livrer au seul crédit industriel les chemins de Rouen, d'Orléans, de Lille à Dunkerque, par des concessions de 99 ans; puis en 1839, malgré la débâcle des compagnies, persistant dans l'abandon de ses idées de 1838, relever la compagnie d'Orléans; et enfin, en 1840, toujours appuyé par les chambres, pour raviver bon gré mal gré le crédit industriel, revenir au triste remède des subventions, des prêts, des garanties d'intérêt en faveur des compagnies, et abandonner particulièrement à celle d'Orléans des avantages exorbitants.

Appuyés par le gouvernement, appuyés par les chambres, les capitalistes et les banquiers purent alors apercevoir distinctement l'importance de la riche proie qui leur était préparée. Ils prêchèrent plus que jamais dans les journaux, à la tribune des chambres, dans les conseils du gouvernement, la croisade contre le système de l'action exclusive de l'État. Ils rappelèrent la nécessité de *raviver l'esprit d'association près de s'éteindre;* ils vantèrent les grands mérites de l'industrie privée, qui sait faire les choses mieux que l'État et à meilleur marché que lui (on oubliait de dire que c'était afin de revendre ces mêmes choses à l'État et au public aussi cher que possible); on insista sur l'utilité de faciliter un emploi pour les capitaux. Tous ces arguments, répétés par les intéressés, agirent puissamment, dans les deux chambres, sur un grand nombre d'hommes consciencieux peu disposés à accepter le monopole de l'État, soit par des raisons politiques, soit parce qu'ils étaient imbus de ces doctrines de *laissez faire*, de développement de l'industrie privée, de concurrence, que l'école économique anglaise a répandues et enracinées parmi les générations politiques antérieures à 1830, doctrines qui ne trouvent pas toujours une application utile dans notre société démocratique, à laquelle la tutelle du pouvoir public est constamment si nécessaire.

La finance marchait vers son but. Cependant, à l'entendre, ce n'était pas seulement un désir de lucre qui l'animait; c'était aussi celui d'apporter un appui nécessaire à l'État.... *Timeo Danaos*

et dona ferentes..... Mais tout en montrant son dévouement, elle ne dissimulait pas que le crédit industriel était à peine né en France, que les capitaux avaient besoin *de grands encouragements* pour s'aventurer dans des entreprises nouvelles, qu'il fallait ici bien décidément le concours du trésor public, et se prêter ainsi un mutuel appui. Ce furent ces idées et ces influences qui présidèrent à l'enfantement du système mixte de 1842.

« L'expérience du passé, » dit le ministre des travaux publics en présentant le projet de la loi du 11 juin 1842 sur les grandes lignes de chemins de fer, « établit, suivant nous, d'une manière » péremptoire, que l'État doit se réserver le domaine des grandes » lignes; que les compagnies sont impuissantes pour en assurer » l'exécution; que si on veut qu'elles produisent pour le pays les » grands résultats que l'on peut en attendre, il est nécessaire de » n'adopter que des tarifs peu élevés; qu'ainsi il ne faut pas demander au produit des tarifs l'intérêt du capital entier engagé » dans ces opérations. C'est en méditant sur les conclusions que » nous venons d'énoncer que nous avons été conduits à imaginer » une sorte d'association entre l'État, les localités intéressées et » l'industrie privée. »

En conséquence, on mit à la charge des localités (départements et communes) la prestation gratuite des deux tiers des terrains destinés à servir d'emplacement aux chemins de fer et à leurs dépendances; les terrassements et les ouvrages d'art (la partie la plus dispendieuse de l'opération) restaient au compte de l'État. Quant à l'achat et à la pose des rails et à l'acquisition des machines et du matériel d'exploitation, dont on peut calculer la dépense avec une précision mathématique, on les réservait aux entreprises d'industrie privée. « Des compagnies, ajoutait le gou» vernement [1], seront chargées de l'exploitation des chemins » moyennant des *tarifs modérés et des baux d'une durée res» treinte*, et on évitera ainsi ces concessions séculaires auxquelles » il fallait se résigner dans le système ordinaire de l'exécution de » tous les travaux par des compagnies particulières. »

Nous verrons bientôt comment la prédiction du gouverne-

[1] Exposé des motifs à la chambre des pairs.

ment, sur ces deux derniers points, a été réalisée depuis.

Il importe cependant de remarquer que la loi ne fit point de la combinaison qui précède un mode exclusif, et qu'elle autorisa le gouvernement à recevoir, sauf la sanction ultérieure du pouvoir législatif, les offres des compagnies qui voudraient tenter les chances de l'entreprise des grandes lignes de chemins de fer (art. 2, § 2) entièrement à leurs frais.

La loi, votée après de vifs débats, appliqua le mode mixte, 1° aux chemins de Paris sur la frontière de Belgique par Lille et Valenciennes; sur l'Angleterre par un ou plusieurs points du littoral de la Manche à désigner ultérieurement; sur la frontière d'Allemagne par Nancy et Strasbourg; sur la Méditerranée par Lyon, Marseille et Cette; sur la frontière d'Espagne par Tours, Poitiers, Angoulême, Bordeaux et Bayonne; sur l'Océan par Tours et Nantes; sur le centre de la France par Bourges; 2° de la Méditerranée sur le Rhin par Lyon, Dijon et Mulhouse; de l'Océan sur la Méditerranée par Bordeaux, Toulouse et Marseille.

Le système de la loi était complété par une disposition générale extrêmement importante, contenue dans son article 7. Cette disposition portait qu'à la fin de chaque bail la valeur de la voie de fer et du matériel d'exploitation serait remboursée, à dire d'experts, à la compagnie concessionnaire, par celle qui lui succéderait ou par l'État.

Même en tenant compte des incertitudes qui pouvaient s'élever sur les dépenses et les produits des chemins de fer à l'époque où la loi était votée, il est facile de comprendre, au premier coup d'œil, combien était défavorable la situation faite à l'État par cette loi, combien pouvait devenir léonin le contrat qu'il allait subir de la part du crédit industriel.

En effet, par suite de l'article 7 de la loi précitée, les compagnies n'aliénaient véritablement, ou n'étaient exposées à aliéner que la portion de leur capital représentant une certaine détérioration des rails et du matériel d'exploitation, la valeur en usage de ces objets devant leur être remboursée à la fin de leur bail. Une partie de la dépense de cette détérioration étant charge d'entretien, était prise sur les produits espérés et non sur le capital de la compagnie; toutefois, il faut reconnaître qu'il pouvait arri-

ver que les experts, à la fin du bail, estimassent la voie de fer et le matériel à une somme de beaucoup inférieure à leur coût réel, même après prélèvement des frais d'entretien. Il y avait, sous ce rapport, possibilité d'aliénation d'une portion du capital. Quels devaient donc être maintenant les avantages du monopole des concessionnaires? Ces avantages devaient représenter uniquement : 1° les frais d'administration et d'entretien, le salaire administratif étant suffisamment élevé ; 2° l'intérêt selon le cours du capital loué, plus une prime suffisante pour parer aux cas fortuits et compenser les risques industriels ; 3° enfin une certaine annuité pour couvrir la différence possible entre le coût du matériel et sa valeur à la fin du bail. Tels étaient les éléments essentiels du problème que chaque concession était appelée à résoudre approximativement, entre l'État et le crédit industriel. Or la solution de ce problème réside évidemment dans le taux des tarifs destinés à assurer le produit, combinés avec la durée de leur perception, c'est-à-dire, avec la durée de la concession elle-même.

Mais pour arriver à cette solution, il faut dégager un rapport inconnu avant l'exploitation, celui des produits comparés à la dépense. C'était postée au coin de cet inconnu que la spéculation attendait au passage l'intérêt public, pour le saisir et le rançonner ensuite. C'était aussi cet inconnu qui lui fournissait les appâts plus ou moins subtils, les espérances, les promesses dorées au moyen desquels elle devait tenter les capitaux, les faire sortir de leurs retraites et les convertir en rails et en wagons. Ces arcanes cachaient ainsi à la fois et le levier de l'État pour faire servir la spéculation à ses desseins, et les embûches dans lesquelles celle-ci se promettait bien d'envelopper l'État lui-même et le troupeau, toujours prêt à se faire tondre, des petits capitalistes.

Il est facile d'apprécier *à priori* les dépenses de rails, de matériel et d'exploitation d'une ligne donnée ; mais comment juger parfaitement de l'importance des produits à espérer, du nombre et de la nature des voyageurs et des objets de transport qui la fréquenteront aujourd'hui et dans dix ou vingt ans par exemple? C'est ici, répétons-le, que les compagnies comptaient avoir beau jeu. Leurs prévisions ne furent pas trompées.

En même temps qu'on découvrait chaque jour plus clairement

les lois de l'existence des chemins de fer, c'est-à-dire, le chiffre exact de leurs dépenses de toute nature et de leurs produits, on s'apercevait que les éléments de la dépense à faire par les compagnies, dans le système de la loi de 1842, décroissaient sans cesse, tandis que les éléments des produits augmentaient progressivement. Ainsi la fourniture et la pose des rails, les frais du matériel d'exploitation et ceux d'administration, qu'on avait évalués réunis, pour un chemin à deux voies, à une somme approximative de 200,000 francs par kilomètre, en se basant sur les calculs faits par la compagnie d'Orléans, furent réduits d'abord à 150,000 francs, et on ne les évalue plus aujourd'hui même à cette somme.

D'un autre côté, l'expérience l'a fait connaître, l'établissement d'un chemin de fer a pour conséquence de développer sur toute la ligne une activité inconnue jusqu'alors, en telle sorte qu'on a posé comme loi expérimentale en cette matière, que la circulation des voyageurs en particulier est ordinairement doublée au bout de deux ans, par l'établissement d'un rail-way. Aussi un ingénieur, dont le nom a acquis une autorité incontestable, par suite des travaux remarquables qu'il a publiés sur l'économie des chemins de fer, M. Teisserenc émettait-il, dès 1843, cet axiome comme le résumé de leur avenir : *recettes toujours croissantes, frais toujours décroissants sur les rail-ways*. Cette opinion, justifiée déjà en grande partie par l'expérience, était, au reste, l'opinion de tous ceux qui s'étaient occupés un peu sérieusement de la question.

On ne devait donc pas tarder à reconnaître que la loi du 11 juin 1842 reposait sur des bases erronées et en même temps trop élastiques, et qu'elle ouvrait ainsi à la spéculation privée une latitude dans laquelle l'État serait exposé à plus d'un mécompte.

Mais cette lumière n'arriva pas sur-le-champ; elle n'éclaira que peu à peu et successivement les ténèbres dont l'administration semblait entourée. Pendant ce temps, la spéculation et le crédit industriel s'agitaient de mille manières autour des conseils du gouvernement, pour vendre leurs concours aussi cher que possible, pour suggérer de longues concessions et des tarifs élevés, stimulant, d'une part, l'impatience du public et des localités, et,

de l'autre, exagérant les difficultés, dépréciant les produits des lignes à concéder, et annonçant ensuite que l'appui des capitaux industriels ne serait point obtenu si le gouvernement se montrait trop difficile, et ne laissait point apparaître de notables avantages aux concessionnaires.

C'est au milieu de ces obscurités et de ces incertitudes que fut votée une loi célèbre (quoique spéciale) dans l'histoire des chemins de fer, celle du 24 juillet 1843, qui, par application du § 2, art. 2 de la loi du 11 juin 1842, concéda directement à une compagnie pour 33 ans de jouissance le chemin d'Avignon à Marseille. La compagnie doit exécuter le chemin à ses frais, risques et périls; mais en même temps la loi lui accorde gratuitement les terrains d'emplacement, qui seront fournis par l'État, les départements traversés et les communes, et de plus une subvention de 32 millions. En compensation de ces avantages, la compagnie n'a d'autre obligation à remplir envers le gouvernement que celle-ci : pendant les cinq premières années de l'exploitation, elle est dispensée de toute redevance envers l'État, pour la location du sol du chemin de fer et des travaux exécutés avec les 32 millions fournis par lui; mais à l'expiration de ces cinq années, si le produit net excède 10 pour 100 du capital dépensé par la compagnie en sus de ces 32 millions, la moitié du surplus sera attribuée à l'État à titre de prix de ferme (art. 47, cahier des charges).

Cette ligne sera une des plus productives du Midi, et on a calculé, depuis la concession, qu'elle donnerait au moins 10 pour 100 de produits nets à ses actionnaires. Il y a là un des plus frappants exemples du préjudice qui peut frapper l'intérêt public au profit des intérêts privés, dans le système du recours au crédit industriel. Il est évident que les 32 millions de subvention donnés par l'État sont un véritable cadeau fait en pure perte à la compagnie.

Ainsi, même dans l'application du seul bon principe qu'elle contenait, la loi de 1842 devait être préjudiciable à l'État.

PAUL DUPLAN.

(La suite à un prochain cahier.)

La demande en nullité d'une adoption autorisée par arrêt de cour royale, suivant les formes prescrites par le Code civil, est-elle recevable?

Par M. J.-B. DUVERGIER, bâtonnier de l'ordre des avocats à la cour royale de Paris.

Cette question s'est présentée plusieurs fois à l'occasion d'attaques dirigées contre les adoptions conférées à des enfants naturels reconnus par leurs père et mère. Notre but est d'établir ici, contrairement à l'opinion la plus ordinaire, qu'une telle demande en nullité n'est point recevable, sans, du reste, nous occuper en ce moment de la question du fond, c'est-à-dire de la question de validité de l'adoption conférée aux enfants naturels.

Il semble étrange, au premier coup d'œil, qu'un arrêt qui contiendrait une violation flagrante de la loi puisse échapper à la censure de la cour de cassation; qu'une adoption, autorisée sans que les formes et les conditions qu'exige le Code civil aient été suivies et observées, soit à l'abri de toute critique.

C'est ce premier mouvement qui a entraîné d'excellents esprits; c'est lui qui les a empêchés sinon d'apercevoir, du moins d'apprécier dans toute son étendue la différence essentielle qui existe entre les arrêts de cours royales statuant sur des contestations ordinaires, rendus dans l'exercice des fonctions judiciaires, et les arrêts autorisant des adoptions, que l'on doit considérer comme des actes émanés de la haute administration, peut-être même comme procédant d'une délégation du pouvoir législatif.

Cette distinction n'a point échappé à M. le procureur général près la cour de cassation. Il a eu soin d'en faire ressortir tous les traits avec autant de clarté que de force dans le réquisitoire qui a précédé l'arrêt du 28 avril 1841. Mais, soit qu'il n'entrât pas dans ses vues de s'attacher à la fin de non-recevoir, soit qu'il ait été arrêté par des objections qui se présentent avec quelque apparence de force, il n'a peut-être point tiré de ses judicieuses observations toutes les conséquences qu'on pouvait en déduire,

il a peut-être admis des exceptions qui ne devaient pas être accueillies.

Aussi un magistrat éminent [1], placé à la tête du parquet de l'une des premières cours du royaume, examinant à son tour et dans une affaire toute récente la même question, s'est-il cru autorisé à dire que M. Dupin n'avait pas admis une fin de non-recevoir qui n'est pas expressément écrite dans la loi.

Il importe d'être bien fixé sur ce point.

L'opinion de M. le procureur général près la cour de cassation est une trop grave autorité pour qu'on puisse négliger de l'invoquer, si elle est favorable, ou se dispenser de la combattre, si elle est contraire à la thèse qu'on veut soutenir.

Voici donc le texte même du réquisitoire de M. le procureur général sur ce point :

« L'action en nullité de la part des tiers contre l'adoption est-elle recevable? Non, dit le défendeur; non, à cause de la nature même de l'acte; non, à cause du mode suivi pour l'adoption, car elle est l'œuvre de la puissance publique.

» Vous le savez, messieurs, il fut aussi question d'établir en France que l'adoption n'aurait lieu que par une loi. Mais on objecta avec raison que ce qu'il avait été possible de pratiquer à Rome pour les citoyens d'une seule ville, serait impraticable au sein du corps législatif pour une nation telle que la nôtre. On voulut ensuite attribuer ce droit au gouvernement; mais finalement on jugea plus convenable de le déléguer à l'autorité judiciaire. Seulement, un peu plus tard, on réserva au sénat le droit d'autoriser les adoptions impériales, parce qu'elles tendaient à conférer la succession à l'empire. Ce droit fut effectivement exercé par l'empereur à l'époque où il eut l'heureuse pensée (à laquelle il eût dû se tenir) d'adopter pour son fils le prince Eugène. Toutes les autres adoptions restèrent donc dans le domaine des tribunaux.

» Mais ne nous méprenons point sur le caractère de cette délégation. Sans doute elle confère moins de puissance que n'en aurait eu le corps législatif; car, si l'on a jugé, et avec raison,

[1] M. de la Seglière, procureur général à la cour royale de Bordeaux.

que les cours royales n'avaient pas eu le droit d'admettre l'adoption des étrangers, parce qu'elles n'avaient pas le pouvoir de les naturaliser et de leur conférer la jouissance des droits civils en France (arrêts de cassation des 5 août 1823 et 7 juin 1826), on n'aurait pas pu faire la même objection au pouvoir législatif; mais à cela près, et pour le reste, l'attribution faite aux tribunaux du droit d'admettre ou de rejeter les adoptions est une vraie *délégation de la puissance souveraine.*

» Ainsi, devant eux, ce seront d'autres formes, mais avec la même pensée. L'adoption, en effet, est autre chose qu'un contrat; c'est autre chose qu'un jugement; c'est un acte de l'autorité souveraine. Si l'adoption n'était qu'un contrat, le consentement des parties suffirait. Si l'intervention judiciaire n'était qu'une homologation, un jugement de première instance suffirait comme pour les délibérations de famille concernant la personne ou les biens des mineurs; mais la loi de l'adoption exige davantage : elle exige l'intervention de la cour royale. Cette intervention n'est point facultative; la cour n'est point saisie parce qu'il y a un appel interjeté; sa juridiction n'est point mise en jeu par l'action des parties; c'est de plein droit qu'il faut porter l'adoption devant la cour royale; son concours est nécessaire; il l'est toujours; il est d'office; il est d'ordre public. La décision de la cour, l'arrêt qui dira qu'il y a lieu ou qu'il n'y a pas lieu à l'adoption, ne sera pas un de ces arrêts qui jugent seulement entre parties, et dont on peut dire, relativement à d'autres, que c'est *res inter alios judicata;* c'est plus que cela, c'est un examen fait, une résolution prise dans l'intérêt général de la société : c'est *res solemniter per magistratus celebrata.*

» En effet, l'adoption, par sa nature, ne saurait être un acte éphémère et réformable. C'est un acte solennel, c'est un acte perpétuel dont on peut dire aussi parmi nous, comme chez les Romains, qu'il n'admet ni terme ni condition. Conçoit-on, en effet, une adoption qui ne serait faite que pour un temps donné, ou qui serait contractée sous une condition suspensive ou résolutoire? « Qu'est l'adoption, si elle peut être révoquée? » s'écriait Napoléon au sein du conseil d'État, dans la séance du 4 nivôse an X (Locré, t. VI, p. 514). Ainsi elle ne peut être révoquée ni

par survenance d'enfants même légitimes, ni pour cause d'ingratitude, ni par consentement mutuel. Comment donc pourrait-elle l'être sur l'action des tiers, à toute époque, indéfiniment ?

» Voilà de graves raisons, messieurs, mais ce ne sont pas les seules. On procède en secret, à huis clos. Dans la discussion du projet, M. de Malleville s'en effraye; il dit « que le mode de pro-» céder en secret ne permet pas aux parents de l'adoptant de » faire valoir leurs réclamations. » M. Berlier répond « que ce » n'est pas ici un droit de collatéraux, et que la question ne » peut s'élever par rapport aux enfants, puisque l'adoption n'est » permise qu'à ceux qui n'en ont pas. » — Ne suit-il pas de là qu'on n'entendait pas admettre de recours en nullité de la part des collatéraux ?

» Continuons. La cour prononce, elle prononce sans donner de motifs! Notez-le bien. — Depuis 1790, l'obligation imposée aux juges de motiver leurs décisions est de droit public : l'absence de motifs entraîne la nullité des jugements et des arrêts! Et ici, par exception à ce principe, l'autorité judiciaire prononce à la manière des oracles, elle ne se révèle que par oui ou par non.

» *Sic volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas.*

» C'est le seul cas où cette forme despotique soit autorisée; n'est-ce point encore une preuve de l'intention qu'a eue le législateur de ne permettre aucun recours contre la décision une fois rendue?

» Cependant des réclamations justes peuvent se produire, et il n'est ni dans l'intention de la loi, ni dans la mission des cours de ne point y avoir égard. La suite de la discussion dont nous venons de citer un fragment le prouve suffisamment. Si l'instruction doit être secrète, si l'arrêt prononce sans motifs, c'est pour éviter le scandale, pour ménager les réputations, ce n'est point pour empêcher la vérité de se produire. Ainsi, on exigera que l'adoption se poursuive devant les juges du domicile de l'appelant, au milieu de ce qu'on appelle le bruit du voisinage, *rumor viciniæ*. Si l'arrêt admet l'adoption, il sera prononcé à l'audience. Cette forme de publicité ne sera pas la seule, l'arrêt sera

affiché en tels lieux et en tel nombre d'exemplaires que la cour jugera convenable; un délai de trois mois devra s'écouler avant que l'adoption puisse être inscrite sur les registres de l'état civil [1]. Ne sont-ce pas là des moyens suffisants pour avertir les tiers s'ils veulent élever des réclamations? Mais aussi ne peut-on point leur dire que s'ils ont négligé de réclamer dans ce délai, ils seront ensuite non recevables?

» L'article 360 fournit un nouvel argument en faveur de cette opinion. Si l'adoptant vient à mourir après que l'acte constatant la volonté de former le contrat d'adoption a été reçu par le juge de paix et porté devant les tribunaux, et avant que ceux-ci aient définitivement prononcé, la loi ne dit pas que l'adoption restera imparfaite et comme non avenue; non, elle dit au contraire que l'instruction sera continuée et l'adoption admise s'il y a lieu; mais elle ajoute : « Les héritiers de l'adoptant pourront, s'ils » croient l'adoption inadmissible, remettre au procureur du roi » tous mémoires et observations à ce sujet. » Ainsi les héritiers pourront bien intervenir en ce cas, les choses étant encore entières, pour prouver que l'adoption ne doit pas être admise; mais il y a loin de là à leur accorder le droit de la faire annuler une fois qu'elle a été prononcée.

» Même en cet état d'imperfection de l'adoption, ils ne pourront présenter que des mémoires et observations; certes il y a loin de là à l'éclat et au scandale d'une procédure principale en nullité avec plaidoirie en audience publique, pour renverser un état déjà constitué et suivi de possession!

» Et que l'on ne dise pas qu'une filiation légitime peut bien être attaquée! que les mariages même peuvent être argués de nullité! Cela est vrai; mais la loi, dans ces matières, en ouvrant des actions les a définies, limitées, circonscrites; elle a semé, comme à plaisir, les fins de non-recevoir et les déchéances sur les pas des agresseurs; et ici, en matière d'adoption, tout serait in-

[1] Il y a ici une inexactitude qui, du reste, n'est que de très-peu d'importance dans la question. L'article 359 du Code civil exige, au contraire, que l'adoption soit inscrite sur les registres de l'état civil dans les trois mois qui suivent l'arrêt de la cour royale, et déclare que l'adoption *restera sans effet, si elle n'a été inscrite dans ce délai.*

défini, pour les causes d'attaque, pour le mode, pour les personnes, les délais!

» Cependant, il faut bien le dire, en matière d'adoption, la loi ne prononce pas distinctement de fin de non-recevoir; de tout ce qui précède, on peut bien conjecturer qu'elle n'a pas voulu admettre de recours tardif, mais enfin elle ne l'a pas dit.

» D'ailleurs, on ne saurait nier qu'il peut se rencontrer des cas de rescision évidents. Je dis *des cas de rescision*, car il faudrait *vraiment* qu'ils eussent ce caractère.

» Ainsi, 1° s'il était articulé et prouvé que l'adoptant était en démence au jour de l'adoption, ou bien que l'on a usé de violence envers lui; 2° s'il était prouvé que l'adoption n'a été admise qu'à l'aide de pièces fausses; 3° si la cour qui a rendu l'arrêt d'admission n'était pas celle du domicile de l'adoptant; 4° si elle n'était pas composée du nombre de juges exigé par la loi; 5° si l'arrêt n'avait pas été prononcé en audience publique ni suivi d'affiche, etc., dans ces divers cas, nul doute qu'une action en nullité de l'adoption serait recevable et qu'elle pourrait être admise. Mais on voit par là, et c'est tout ce que j'en veux conclure, que s'il n'y a pas une fin non-recevoir absolue contre toute action en nullité, ces cas au moins sont bien rares, et qu'il faudrait de bien fortes raisons pour que cette nullité fût prononcée. »

Ces dernières paroles n'ont rien d'équivoque; elles indiquent avec une parfaite clarté la doctrine du savant magistrat de qui elles émanent.

Il est évident que, dans sa pensée, la nature spéciale des arrêts d'adoption ne permet pas de les attaquer par les voies ordinaires; que, seulement dans quelques cas rares et par exception, on pourra en demander la nullité.

Si, d'ailleurs, l'on examine les exemples qu'il cite et qui lui paraissent justifier une exception, on voit que la rescision ou la nullité ne serait proposable que lorsque l'une des parties serait incapable de donner son consentement, lorsque la cour aurait été induite en erreur sur les faits qu'elle avait à apprécier, lorsque les formes extrinsèques n'auraient pas été observées, et enfin

lorsque la cour aurait été incompétente à raison du domicile de l'adoptant.

Mais faut-il même admettre toutes ces distinctions proposées par M. Dupin? C'est ce que nous aurons à examiner.

Lorsqu'un principe est vrai, il faut lui laisser produire toutes ses conséquences. Logiquement on ne peut refuser d'admettre quelques-unes d'entre elles que lorsqu'un autre principe également vrai les repousse, en conduisant à des résultats qui sont inconciliables avec elles.

Examinons donc si la nature des pouvoirs qu'exercent les cours royales, lorsqu'elles autorisent des adoptions, ne doit pas avoir pour effet de mettre leurs actes à l'abri de toute attaque; nous verrons ensuite s'il existe quelque texte de loi, quelque règle de droit qui, dans des circonstances exceptionnelles, doive faire admettre une action en nullité.

Comme l'a si bien dit M. Dupin, d'une part, l'adoption n'est pas seulement un contrat, puisque la volonté des parties ne suffit pas pour la former, et que l'intervention d'une autorité constituée est indispensable.

D'un autre côté, cette intervention n'a pas pour but de donner à l'acte émané des parties une simple homologation : s'il en était ainsi, on devrait s'adresser au tribunal de première instance, et l'on n'aurait pas besoin de recourir à la cour royale.

Enfin celle-ci n'est point saisie parce qu'il y a un appel; sa juridiction n'est pas mise en jeu par l'action des parties; c'est de plein droit qu'il faut porter l'adoption devant elle; son concours est nécessaire, il l'est toujours; il est d'office, il est d'ordre public.

En conséquence, l'arrêt qui autorise une adoption n'est pas un acte émané de l'autorité judiciaire, mais bien un acte de l'autorité souveraine.

Il ne participe point de la nature des jugements, il a un caractère spécial; et, soit qu'on veuille l'assimiler aux mesures de haute administration, soit qu'on le classe parmi les actes auxquels le pouvoir législatif est seul capable de donner la vie; toujours est-il qu'il se présente comme une résolution solennelle, irrévocable et toute-puissante.

Il n'y a point à cet égard de dissentiment possible; et dans les objections qui se sont élevées contre la solution qu'il s'agit de démontrer, on n'en trouve aucune qui consiste à nier formellement le principe qui vient d'être posé. Plusieurs cherchent à en éluder l'application; mais, on le répète, personne n'a soutenu que la cour royale qui prononce : *il y a lieu à adoption*, rende une décision judiciaire et fasse usage des pouvoirs généraux qui lui sont confiés par les lois sur l'organisation des tribunaux.

Si, cependant, la nature d'un arrêt d'adoption est telle qu'elle vient d'être indiquée, comment est-il possible d'admettre contre cet arrêt un recours quelconque; comment, surtout, est-il possible de chercher des moyens et des formes pour l'attaquer dans les dispositions qui règlent la hiérarchie judiciaire?

On ne saurait trop le redire, lorsqu'une cour royale a fait usage de la formule: *il y a lieu à adoption*, c'est une autorité *souveraine* qui a prononcé.

Elle a prononcé bien ou mal; elle a fait de la loi une sage application, ou elle l'a violée; peu importe, elle a usé de son pouvoir éminent, et au-dessus duquel nul autre n'est placé. Dès lors toute réclamation est non recevable, tout recours est interdit.

Pour repousser cette conséquence, il faut nier le principe de la souveraineté des cours en cette matière. Or, on l'a dit et on va le voir plus clairement encore, nul ne le conteste.

Est-ce que, d'ailleurs, ce principe et son application ont quelque chose d'étrange que condamnent et repoussent les doctrines qui président à notre organisation judiciaire et administrative?

Loin de là : la puissance de la chose jugée, l'autorité suprême attribuée à certaines juridictions, notamment à la cour de cassation, à la cour des comptes, au conseil d'État, prouvent que l'esprit de notre législation ne répugne point à l'idée d'actes à l'abri de tout contrôle et au-dessus de toute atteinte.

Qu'on ne prenne point la peine d'objecter que les cours royales ne sont pas, malgré le titre de souveraines qu'on leur donne quelquefois, dans cette sphère élevée, au-dessus de laquelle nulle autre ne se trouve; et l'on peut s'épargner le soin de faire remarquer que les arrêts qui autorisent des adoptions n'ont pas et ne peuvent avoir l'autorité de la chose jugée.

Nous savons quel rang occupent les cours royales dans la hiérarchie judiciaire, et nous ne nous méprenons pas sur les caractères de la chose jugée.

Nous voulons montrer qu'il n'y a rien de contraire aux principes généraux de notre législation dans le système qui considère les adoptions une fois autorisées comme des actes irrévocables.

On a dit précédemment que les cours royales sont souveraines en cette matière, et, pour le démontrer, on s'est borné à reproduire les raisons si fortes et si bien déduites du réquisitoire de M. le procureur général Dupin. Qu'on nous permette d'ajouter que la voie même qu'on a constamment suivie pour faire annuler les adoptions, démontre que les arrêts qui les ont autorisées sont inattaquables.

Les cours royales n'ont au-dessus d'elles que la cour de cassation. Elles seraient véritablement souveraines dans toute la force, dans toute l'exactitude du mot, si la seule autorité supérieure qu'elles reconnaissent n'existait pas; dans les cas donc où cette autorité cesse, par un accident quelconque, d'exercer sur elles sa puissance, leur souveraineté devient une vérité pratique.

Or, quand un arrêt d'adoption a été rendu, personne n'a la pensée qu'il puisse être l'objet d'un pourvoi en cassation. C'est une action principale qu'on intente : par là on reconnaît indirectement, et même en cherchant à s'y soustraire, l'autorité souveraine de la cour royale.

Jusqu'ici on s'est attaché à mettre dans tout son jour et à présenter dans toute sa force cette doctrine, que les cours royales exercent, lorsqu'il s'agit d'adoption, des pouvoirs d'une autre nature que ceux qui leur sont confiés par la loi générale de leur institution; qu'elles ne sont point alors subordonnées, comme elles le sont dans le cercle ordinaire de leurs attributions; qu'elles sont au sommet de la hiérarchie, égales en puissance aux corps politiques, judiciaires ou administratifs qui n'ont point de supérieur.

C'est là en effet que se trouve la solution de la difficulté, la réponse à toutes les objections.

Celle qui paraît faire le plus d'impression consiste à dire que la loi ne prononce pas distinctement de fin de non-recevoir.

Mais qu'est-il besoin que cette fin de non-recevoir soit prononcée, lorsqu'il est constant que l'acte d'adoption a reçu la sanction d'une autorité au-dessus de laquelle il n'y en a aucune autre? L'impossibilité d'un recours est la conséquence nécessaire de la souveraineté des cours royales.

On insiste, et l'on prétend qu'il n'y a pas d'acte judiciaire qui, lorsqu'il viole un droit ou qu'il va contre les dispositions de la loi, soit à l'abri de toute critique; autrement, ajoute-t-on, il y aurait une nullité et personne pour la relever; il y aurait un droit et point d'action pour lui donner vie.

Cet argument manque d'exactitude sous un double rapport.

D'abord, l'arrêt qui autorise une adoption n'est pas *un acte judiciaire*. Sans doute le corps de qui il émane est habituellement chargé du soin de distribuer la justice; mais, dans le cas particulier, ce ne sont pas les fonctions judiciaires qu'il exerce; il remplit une mission toute spéciale, il agit en vertu d'une délégation qui lui confère les pouvoirs de la haute administration, peut-être même quelque chose de la puissance législative.

En second lieu, ainsi qu'on l'a déjà dit, les arrêts de la cour de cassation sont des actes judiciaires; ils peuvent, quelles que puissent être les lumières des magistrats qui composent la cour suprême, porter atteinte à des droits : cependant ils ne sont et ils ne doivent être sujets à aucun recours.

Il est bien loin de notre pensée, on ne peut en douter, de confondre des juridictions de degrés différents, et d'accorder à celles qui sont au second rang la puissance réservée à celle qui occupe le premier; nous voulons seulement faire comprendre que, si elles se trouvent les unes et les autres placées par exception sur la même ligne, il faut accorder à leurs actes une égale autorité.

On peut donc affirmer sans hésitation que, puisque les arrêts qui admettent les adoptions sont des actes émanés d'une autorité indépendante et souveraine, il n'est pas besoin qu'un texte formel repousse l'action en nullité ou en rescision. La fin de non-recevoir résulte de la force des choses, de la nature des actes et du pouvoir qui les a faits.

Qu'on s'attaque donc au principe, si on le croit faux ou exa-

géré, mais, si on l'admet, qu'on n'essaye pas d'en nier les déductions.

Les adversaires les plus éclairés de l'opinion que nous soutenons ici ont compris qu'il était impossible de résister à la conclusion après avoir admis les prémisses; ils ont d'ailleurs senti la difficulté de contester aux cours royales le pouvoir absolu, sans recours et sans contrôle, qui leur est donné pour prononcer sur le sort des adoptions. Ils ont, en conséquence, essayé de tourner la difficulté, et ils ont dit : L'arrêt qui a prononcé *il y a lieu à adoption* est, si l'on veut, souverain, immuable; mais ce n'est pas cet arrêt qu'on attaque, lorsqu'on demande la nullité de l'adoption. L'adoption est tout simplement un acte de l'état civil qui a pour fondement la volonté des parties; ce qui le prouve, c'est que lorsque le tribunal et la cour ont statué, le lien n'est pas formé, l'adoption n'est point scellée à jamais et d'une manière indestructible. Non, il n'y a pas encore d'adoption; les parties peuvent laisser de côté l'arrêt, et abandonner leur projet. Si elles veulent le poursuivre, il faut que, dans les trois mois, toutes les deux, ou l'une d'elles au moins, se présentent devant l'officier de l'état civil du domicile de l'adoptant, qui, au vu d'une expédition de l'arrêt, inscrit l'acte d'adoption sur le registre de l'état civil. Alors seulement, et par l'inscription sur le registre, le lien est définitivement formé; c'est un acte de volonté qui met le dernier sceau à l'adoption.

Cette habile argumentation est fondée sur une équivoque; il suffit de la faire disparaître, pour qu'à l'instant même le système soit dépouillé de tout ce qu'il a de spécieux.

N'oublions pas qu'il s'agit de savoir si, en demandant la nullité d'une adoption, on s'insurge contre l'autorité d'un arrêt souverain, ou si l'on se borne à contester la valeur d'un acte de l'état civil, né de la volonté des parties.

Pour résoudre une pareille question, il suffit de se rendre un compte exact des éléments dont se compose l'adoption.

Sans doute le consentement des parties est nécessaire; sans doute il faut que ce consentement se manifeste; il faut même qu'il se manifeste à deux époques, avant que l'autorité publique soit mise en action et après qu'elle est intervenue; il faut que

deux personnes aient dit, l'une : je veux adopter ; l'autre, je veux être adoptée, avant que les magistrats prennent le soin de vérifier si les conditions exigées par la loi sont réunies ; puis, quand la vérification est faite, il est nécessaire que l'adoptant et l'adopté, ou l'un d'eux au moins, ajoute : Je persévère dans mon intention. En un mot, la cour royale ne *condamne* pas les parties à l'adoption, elle leur *permet* de la faire ; mais, avant d'accorder cette permission, *elle a vérifié et décidé que toutes les conditions de la loi sont remplies* (art. 355 C. civ.).

Ainsi évidemment, lorsque l'on vient par voie d'action principale soutenir qu'une adoption n'a pas été valablement faite, on ne demande pas seulement la nullité d'un lien que des volontés privées ont formé, on conteste la validité d'un acte que l'autorité publique a déclaré valable.

Si l'on examine avec quelque soin l'économie de la loi et son texte, on ne peut douter un seul instant que le législateur n'ait eu la pensée de faire intervenir la haute autorité des cours royales, précisément pour mettre à l'abri de toute atteinte les actes d'adoption.

Il s'occupe d'abord de déterminer les conditions dont la réunion est nécessaire pour que l'adoption soit possible ; ensuite il ordonne, dans l'article 355, que *ces conditions seront vérifiées* par le tribunal de première instance ; il ne se borne pas à cette précaution : il exige, par l'article 357, que la cour royale fasse à son tour la *même vérification*. Et tous ces soins seraient pris, tout cet appareil serait employé, les deux degrés de juridiction seraient mis en mouvement pour rien, ou du moins pour un résultat presque insignifiant ! Comment, on n'aurait pas, après cette double épreuve, ce double examen, on n'aurait pas la certitude que l'adoption est désormais irrévocable ! Les parties seraient exposées à voir une foule de collatéraux attaquer successivement, celui-ci par un motif et celui-là par un autre, l'acte environné de tant de solennités, précédé de tant de précautions ! Cela n'est pas possible. Si le législateur avait voulu faire seulement du provisoire, et laisser à chacun la liberté d'attaquer les adoptions consommées, il n'aurait pas accumulé tant de garanties ; par égard même pour la dignité de la magistrature, par res-

pect pour l'ordre hiérarchique des juridictions, il n'aurait pas fait intervenir les cours royales, comprenant très-bien que leurs arrêts ne doivent pas être traités comme un acte célébré devant un maire de village, ou reçu par un notaire de campagne.

Faut-il ajouter de nouvelles raisons à celles qui ressortent du texte et de l'esprit des articles 355 et 357? L'article 360 les fournit. Il prévoit les cas où l'adoptant meurt après avoir manifesté devant le juge de paix l'intention d'adopter; il dispose que l'instruction sera continuée, et il permet aux héritiers de l'adoptant, s'ils croient l'adoption inadmissible, de remettre au procureur du roi tous mémoires et observations. Cette faculté légalement concédée n'est-elle pas la preuve manifeste que, l'adoption une fois admise, il ne sera plus possible d'en demander l'annulation? Supposons que les héritiers aient mis à profit le droit qui leur est accordé; que, par exemple, ils aient produit un mémoire pour démontrer qu'un enfant naturel reconnu ne peut être adopté par son père, et que, malgré ces observations, le tribunal et la cour aient dit : *il y a lieu à adoption*, soutiendra-t-on que les mêmes personnes pourront attaquer, par action principale, l'adoption autorisée et inscrite sur les registres de l'état civil? Évidemment, il serait absurde de le prétendre. Dira-t-on que l'article 360 prévoit un cas exceptionnel? Sans doute; aussi n'est-il invoqué que comme manifestant l'intention du législateur, comme montrant que, dans sa pensée, l'adoption est irrévocable. Il offre un moyen pour la prévenir à ceux qui ont intérêt à l'empêcher; ce serait bien inutile, s'ils avaient le droit de l'attaquer, une fois qu'elle a été faite.

On a fait remarquer que les arrêts des cours, en cette matière, n'ont point l'autorité de la chose jugée; qu'ils ne peuvent l'avoir, surtout à l'égard de personnes qui n'ont pas été parties dans l'instance ou dans l'instruction qui les a précédés.

Non, les arrêts d'adoption n'ont pas l'autorité de la chose jugée; ils ne l'ont pas même entre l'adoptant et l'adopté, et, à plus forte raison, relativement aux tiers demandeurs en nullité; mais ce n'est point parce que ceux-ci ont été étrangers à l'affaire, c'est parce que les arrêts ne sont pas émanés de l'autorité judiciaire. On ne les oppose pas comme des décisions ayant *jugé*

une question litigieuse entre deux personnes; on les présente comme des actes faits après une vérification d'office, en vertu d'un pouvoir souverain, et qui, à raison de la nature même de ce pouvoir, sont immuables.

Toutes les objections ne sont pas encore réfutées, mais celles qu'il nous reste à apprécier ont bien moins pour objet de contester en elle-même notre doctrine que de montrer les inconvénients qu'elle pourrait avoir, ou les inconséquences auxquelles elle conduirait.

Le mariage, dit-on, ce lien sacré, dont la rupture a toujours des effets si funestes, peut cependant être attaqué par les tiers. Pourquoi n'en serait-il pas de même de l'adoption?

On suppose qu'un homme a tenu secret son mariage, qu'il a laissé ignorer l'existence d'enfants qui en sont issus, et qu'il a obtenu la permission de procéder à une adoption; l'on demande s'il est raisonnable, s'il est possible de refuser aux enfants issus du mariage le droit d'attaquer l'acte qui les lèse.

On prévoit les cas où soit l'adoptant soit l'adopté était en état de démence, où des pièces fausses ont trompé les magistrats et leur ont donné la preuve que toutes les conditions de la loi étaient remplies, lorsqu'elles ne l'étaient pas réellement, où la cour a prononcé quoiqu'elle ne fût pas compétente, où enfin l'arrêt n'a pas été rendu par le nombre de conseillers déterminé ou avec les formalités prescrites par la loi et les règlements; et l'on s'écrie qu'il est impossible de laisser subsister des actes qui sont l'œuvre de la démence, le résultat de la violence ou du dol, ou qui enfin ne sont pas revêtus des formes essentielles à leur validité.

Reprenons chacun de ces exemples, et l'on va voir que non-seulement les arguments qu'ils fournissent sont d'une réfutation facile, mais qu'en les examinant de près, on y trouve des raisons nouvelles pour admettre la fin de non-recevoir.

Le législateur a indiqué avec soin les conditions exigées pour la validité des mariages, de même qu'il a indiqué celles auxquelles est subordonnée la validité des adoptions. Mais il a fait pour les adoptions ce qu'il n'a pas fait pour les mariages. En matière d'adoption, il a confié aux corps de magistrature les plus élevés le soin de vérifier si toutes les conditions qu'il exige se trouvent

réunies, et de permettre l'adoption si le résultat de la vérification est favorable. Pour les mariages, il a procédé d'une autre manière : par respect pour la liberté des personnes, il a tracé les règles, laissant à chacun le soin d'apprécier si elles autorisent ou condamnent l'union qu'il se propose de contracter, et aussi le laissant exposé au danger de l'erreur et aux conséquences qu'elle peut avoir. Sans doute l'officier de l'état civil examine s'il doit prêter son concours à ceux qui le réclament; sans doute, dans quelques cas rares, le ministère public peut s'émouvoir du scandale d'un mariage projeté et s'opposer à sa célébration; mais il faudrait avoir perdu le sens pour oser soutenir que le contrôle du maire, l'approbation tacite qui résulte de son concours et le silence du ministère public, ont la même autorité que l'arrêt rendu par une cour royale, après une instruction toute spéciale, une vérification officielle, une approbation solennelle.

On voit donc que l'action en nullité peut très-bien être admise lorsqu'il s'agit de mariage, et repoussée quand il est question d'adoption.

Il sera très-fâcheux, on en convient, pour des enfants issus d'un mariage légitime, que leur père ou leur mère dissimulant le fait de leur existence, leur donne un cohéritier par une adoption obtenue au moyen d'une réticence coupable.

Mais est-ce que, dans beaucoup d'occasions, de semblables malheurs ne sont pas irréparables?

Par exemple, lorsqu'un individu qui est marié et qui a des enfants contracte un second mariage, ce mariage est nul; mais il produit les effets civils à l'égard du conjoint de bonne foi et des enfants qui en sont issus. Ces derniers sont appelés avec les enfants du premier mariage à la succession du père commun.

Si l'adoptant est parvenu à tromper le procureur du roi, le tribunal de première instance, le procureur général et la cour royale, et à faire consacrer, à l'aide de la fraude, une adoption qui n'aurait pas dû être admise, ce sera certes un malheur, mais il ne sera pas plus grand que celui qui résulterait d'un arrêt obtenu par de semblables moyens, passé en force de chose jugée, et inattaquable même par voie de requête civile.

N'a-t-on pas vu des décisions rendues en matière criminelle

contenir d'injustes condamnations; et cependant, de ce que quelquefois un innocent a été mal à propos condamné, on ne s'est point avisé de conclure qu'il fallait toujours admettre un recours contre les sentences prononcées en dernier ressort par la justice répressive.

Lorsque le législateur a pris toutes les précautions possibles pour prévenir l'erreur des juges (et certes, en matière d'adoption, il s'en est montré prodigue), il faut que les décisions soient respectées, qu'elles soient immuables. Il importe bien plus à la société d'empêcher qu'on ne remette sans cesse en question des droits reconnus, des rapports établis par une autorité élevée et qui a procédé avec circonspection, que d'obtenir le redressement des griefs, qu'à de longs intervalles peuvent causer des sentences surprises en trompant la religion des magistrats.

Maintenant si on suppose qu'un arrêt n'a pas été rendu par le nombre de conseillers que déterminent les lois organiques, qu'il n'a pas été environné des solennités ordinaires, qu'il ne présente pas les formes extrinsèques qui sont nécessaires à sa validité, nous accorderons sans difficulté à ceux à qui on l'oppose le droit de le critiquer. Si, par exemple, un président et un greffier s'avisaient de rendre seuls un arrêt autorisant une adoption, on ne pourrait s'arrêter à un pareil acte; mais, dans de semblables hypothèses, ce ne serait pas une action en nullité qui devrait être formée. Les tiers intéressés à contester les droits dérivant de l'adoption devraient agir comme si l'adoption n'avait pas eu lieu; et lorsqu'on la leur opposerait, ils répondraient : Ce n'est pas là un arrêt, c'est un acte informe, sans valeur et sans puissance; nous n'accusons point les magistrats de s'être trompés dans l'appréciation des conditions exigées par la loi, nous soutenons que leur appréciation n'est pas exprimée régulièrement.

Il sera toujours fort extraordinaire qu'un tribunal de première instance s'érige ainsi en juge, sinon du fond, au moins de la forme des décisions d'une cour; mais enfin on peut supposer que cette forme est tellement contraire aux règles établies, que l'on serait autorisé à dire que l'acte produit n'est pas un arrêt.

D'ailleurs, autre chose est de permettre à un tribunal de première instance d'apprécier si la décision qu'on lui présente

est régulière, a été rendue par le nombre de magistrats requis pour la validité des arrêts, a été précédée de toutes les formalités nécessaires, autre chose de l'autoriser à réviser la décision elle-même, à *vérifier si la cour a bien vérifié.*

Dans le premier cas, du moins, il ne ferait que relever des irrégularités échappées à l'attention de la cour; tandis que, dans le second, il déciderait souvent d'une manière contraire à ce que la cour aurait décidé, après examen et en connaissance de cause.

En résumé, les cours royales, lorsqu'elles autorisent une adoption, exercent un pouvoir spécial, en dehors et au-dessus de leurs pouvoirs ordinaires; le caractère particulier de leurs attributions en cette matière est indiqué par le texte et par l'esprit de la loi, par la nature même de l'acte qu'elles sont appelées à sanctionner; elles rendent des décisions souveraines.

D'où la conséquence qu'il n'y a contre ces décisions aucun recours possible. Il n'est pas nécessaire que le législateur ait défendu de les attaquer; il suffit qu'il ne l'ait pas permis.

Toutes les objections tombent devant ce principe et cette conséquence.

Si la doctrine ainsi établie a quelques inconvénients, ce n'est pas une raison pour lui préférer une théorie qui aurait des conséquences encore plus fâcheuses.

D'ailleurs, d'une part, un examen attentif fait disparaître ce qui, au premier aperçu, se présente avec un caractère alarmant; d'un autre côté, on ne doit pas se préoccuper de quelques hypothèses extraordinaires; on ne peut sacrifier des règles sages et utiles à la crainte de dangers et d'inconvénients qui ne se réaliseront jamais, ou qui ne peuvent se manifester que dans des cas exceptionnels.

Que l'omission de formes essentielles de procédure soit relevée; que les juges ne soient pas liés par des actes informes, on le comprend; mais que la vérification faite par la cour soit contrôlée par le tribunal; que ce qu'elle a jugé soit jugé de nouveau; que ce qu'elle a déclaré possible, régulier et valable soit déclaré impossible, irrégulier et nul; que, lorsqu'elle a trouvé

que *toutes les conditions de la loi sont remplies*, le tribunal puisse dire que *ces conditions ne sont pas remplies*, cela n'est pas, cela ne peut pas être juridique.

J.-B. DUVERGIER.

Extrait du titre des hypothèques et priviléges du Code civil de Parme, Plaisance et Guastalla (partie III, titre 8, chap. 4), et concordance entre ce titre et le titre correspondant du Code civil français.

Par M. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, juge au tribunal civil de la Seine [1].

Le Code civil des États de l'archiduchesse Marie-Louise fut promulgué au mois de mars 1820, et rendu exécutoire le 1er juillet de la même année. Mais avant sa publication, trois commissions successives furent chargées d'en préparer les dispositions. La première paraît avoir été constituée par l'empereur d'Autriche avant le gouvernement de sa fille; elle était composée de cinq jurisconsultes des États de Parme. Une seconde commission, dans laquelle se trouvaient seulement trois jurisconsultes milanais, eut pour mission d'examiner le projet préparé par la première commission, et d'y faire des modifications ou d'y ajouter des dispositions; et enfin un projet définitif, adopté par une troisième commission nommée par un rescrit du 23 août 1819, fut définitivement revêtu de la sanction de l'archiduchesse. Ce projet est le Code civil qui régit actuellement les trois principautés.

Ce Code a emprunté la plus grande partie de ses dispositions au Code civil français, tout en changeant parfois l'ordre et la division qu'il a suivis. Ainsi, tout ce qui est relatif aux actes de l'état civil est placé après le titre des tutèles; et pour arriver tout de suite aux hypothèques, il figure dans la partie 3 des contrats, sous le titre 8, intitulé : *Du mode d'assurer les obligations*. Ce

[1] Ce travail fait partie de la collection des lois hypothécaires étrangères que compte publier M. Anthoine de Saint-Joseph.

titre comprend l'antichrèse, le gage, le séquestre, les priviléges et les hypothèques.

Pour ne nous occuper que de ce qui est relatif au système hypothécaire, nous ferons remarquer que les priviléges du Code italien reposent sur les mêmes principes que ceux du Code français.

Quant aux hypothèques, le Code de Parme a suivi la marche et copié la plupart des articles de notre Code, qui a été imité déjà par beaucoup d'autres pays. Il y a fait cependant des changements notables qu'il importe de signaler.

On voit d'abord parmi les biens susceptibles d'hypothèque, non-seulement tous les biens indiqués dans l'article 2118, mais aussi l'emphytéose, contrat usité en Allemagne et en Italie; notre Code ne contient même aucune disposition sur ce mode de jouissance des immeubles.

A l'article 2170, il est dit que les étrangers peuvent acquérir les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles. En vertu de l'article 2171, les gains nuptiaux sont soumis à l'hypothèque légale; et d'après l'article 2175, quoique la dot ne soit payée que postérieurement au mariage, cependant l'hypothèque remonte au jour où elle a été constituée.

Mais l'attention doit être appelée sur les dispositions des articles 2187 à 2189, qui enjoignent aux notaires rédacteurs des contrats de mariage et aux greffiers des tribunaux où sont enregistrées les tutelles, d'inscrire dans un délai déterminé l'hypothèque légale sous peine de tous dommages-intérêts. Les dispositions de l'art. 2135 du Code français, qui déclare l'hypothèque légale de la femme, celle du mineur et celle de l'interdit exemptes de l'inscription, ne sont pas reproduites dans le Code italien. Il y est suppléé par l'obligation imposée aux notaires et aux greffiers des tribunaux de faire cette inscription dans l'intérêt des femmes et des mineurs, sous leur responsabilité. Cette précaution est peut-être suffisante, d'abord parce que les trois États régis par le Code de Parme sont de peu d'étendue, ensuite parce que l'hypothèque légale ne peut être constituée au profit des femmes que lorsqu'il existe un contrat public de mariage (art. 2174), et parce qu'il est créé par le titre 2 du livre Ier (art. 344 à 354), au greffe de chaque tribunal, un registre où toutes les tutelles doivent être enregistrées.

Du reste, à la différence des hypothèques conventionnelles, on est dispensé, dans l'inscription des hypothèques légales, de désigner la valeur des droits éventuels, conditionnels ou indéterminés (art. 2200); mais on peut stipuler que l'hypothèque conventionnelle sera générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur (art. 2183), disposition contraire à celle de l'article 2129 du Code français.

Toutes les hypothèques quelconques sont soumises, par l'article 2205, au renouvellement décennal. Pour assurer ce renouvellement à l'hypothèque légale, on admet la femme, les mineurs, leurs parents et leurs amis, à en former la demande, et on y oblige les maris et tuteurs, sous peine d'être réputés stellionataires, s'ils ont hypothéqué leurs immeubles sans déclarer leurs qualités; le mari, en outre, est privé de ses avantages matrimoniaux.

En France, d'après l'article 2151, les intérêts sont joints au capital pour deux années et l'année courante; le Code de Parme, à l'article 2216, accorde cinq ans.

On a vu que nulle hypothèque légale n'existait indépendamment de l'inscription; aussi les dispositions du chapitre IX du Code français, sur la purge légale, ne sont-elles pas reproduites. Les dispositions relatives à la purge ordinaire sont les mêmes, sauf les exceptions suivantes :

Après la transcription du contrat de vente, les créanciers non inscrits, ayant des droits privilégiés ou hypothécaires antérieurs, doivent se présenter dans le délai de quarante jours, sous peine de forclusion, pour faire inscrire leurs titres (art. 2220). Ce n'est qu'après l'expiration de ce délai, que le tiers détenteur fait signifier aux créanciers inscrits l'extrait de son titre. Mais ceux-ci, pour surenchérir, doivent notifier leur réquisition à l'acquéreur dans les vingt jours de la signification de l'acte de vente, au lieu de quarante jours prescrits par l'article 2185 du Code français.

Aux termes de l'article 2225, le droit de surenchérir appartient à tous les créanciers, même chirographaires, pourvu qu'ils observent les prescriptions imposées par la loi aux créanciers hypothécaires, et que leur titre soit authentique ou ait une date certaine.

Le reste du titre italien n'est qu'une reproduction presque littérale du texte du Code français; seulement on voit que l'adjudicataire sur surenchère est tenu par l'article 2228, en outre de ce qui est prescrit par l'article 2188 du Code français, de payer la plus-value produite par les dépenses faites par le premier acquéreur.

Telles sont les différences les plus essentielles qu'on a cru devoir faire remarquer, dans un moment où l'on cherche à modifier le système hypothécaire français. En résumé, le Code civil de Parme contient sur les hypothèques légales, qu'il assimile aux hypothèques ordinaires quant à la nécessité de l'inscription, des dispositions qu'il peut être bon de noter, et qui sont un hommage rendu à la science et une tendance vers le système allemand. Mais il admet les hypothèques générales, affecte les biens à venir du débiteur, ce que les systèmes modernes semblent proscrire, comme s'éloignant du principe de la spécialité, si conservateur des intérêts et des droits des créanciers.

Pour bien faire connaître la loi, après l'extrait qu'on vient d'en donner, pour en faire saisir l'ensemble et indiquer les différences apportées au Code français, il est utile de reproduire le texte.

PARTIE III. — Titre 8. — Chapitre 4. — Des priviléges et hypothèques.

2122 à 2124. *Comme* 2092 à 2095 Code français.

Section Ire. — *Des priviléges.*

2125 à 2127. *Comme* 2095 à 2099 C. fr.

§ 1er. — Des priviléges sur les meubles.

2128. Les priviléges sur les meubles sont ou généraux ou particuliers. Les premiers frappent tous les biens meubles; les deuxièmes quelques meubles seulement (2100 C. fr.).

2129. *Comme* 2101 C. fr. *Le* n° 5 *est ainsi conçu :* la fourniture des aliments; *le reste est supprimé.*

2130. Les frais de justice sont ceux de gage, de séquestre,

de garde, de vente, et autres semblables faits dans l'intérêt commun des créanciers. Ceux que tout créancier fait pour sa propre créance sont considérés comme un accessoire de cette même créance.

2131. Les frais funéraires sont ceux qui, selon l'usage, et sans sortir des limites de la décence (*decenza*), se font pour le transport, la sépulture du cadavre et pour les devoirs de la religion.

2132. On entend par frais de dernière maladie, ceux qui ont été faits pour le médecin, le chirurgien, le pharmacien et la garde-malade.

Dans le cas de maladies chroniques, on ne compte que les frais faits dans l'année qui a précédé la mort.

2133. Les salaires des gens de service sont limités à ceux de l'année qui a précédé le commencement du concours des créanciers; les fournitures de subsistances ne comprennent que celles de première nécessité qui ont servi à nourrir et à vêtir le débiteur et sa famille pendant les six mois antérieurs à ce concours.

2134. Les loyers des biens immeubles et les fermages échus ou à échoir ont un privilége spécial sur les fruits de la récolte de l'année et sur le prix de tout ce qui sert à meubler la maison louée ou le fonds affermé, et est employé à l'exploitation de la ferme; le tout lorsque les baux sont authentiques, et si, étant sous signature privée, ils ont une date certaine (2102, § 1, C. fr.).

2135. Lorsque le privilége existe en faveur du locataire, les autres créanciers ont le droit de relouer la maison ou la ferme jusqu'à la fin du bail, et de faire leur profit des baux ou fermages, à la charge toutefois de payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû (*Ibid.*).

2136. Si le contrat n'est pas authentique ou sous signature privée ayant date certaine, et si la location est verbale, les loyers et les fermages sur les fruits et les meubles sont privilégiés pour une année à partir du jour où finit la location (2102, § 2, C. fr.).

2137. Jouissent aussi du même privilége que les loyers et les fermages, les créances du locataire dérivant de la non-exécution du contrat de la part du fermier ou locataire.

2138. Le propriétaire peut saisir les meubles qui garnissent la maison ou la ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans son con-

exercer leur action que sur les meubles et immeubles de la succession.

§ 4. — De la manière de conserver les priviléges.

2149. Les priviléges se conservent par une inscription faite au greffe public destiné à cet effet [1].

Cette inscription s'effectue dans les formes prescrites pour l'inscription des hypothèques; elle doit en outre faire mention de la créance privilégiée, des causes qui l'ont produite, et être renouvelée tous les dix ans, comme en matière d'hypothèques (2106 et 2154 C. fr.).

2150. Les priviléges sur les meubles sont exempts de l'inscription; quant aux priviléges sur les immeubles, cette inscription ne sera nécessaire que dans les cas énoncés dans les articles suivants (2107 C. fr.).

2151. Doit être prise l'inscription du privilége du vendeur du fonds, pour le payement du prix entier de la créance ou du retard de cette créance (2108 C. fr.).

Doit encore être inscrit le privilége du cohéritier ou du copartageant sur les biens de chaque lot, et sur les biens licités ou mis aux enchères, pour les compensations et pour l'égalité des parts, pour l'éviction et la garantie des lots, et pour le prix de la licitation et des enchères (2109 C. fr.).

2152. Celui qui a fourni les fonds ou une partie des fonds qui ont servi à l'acquisition de l'immeuble, sera subrogé par la loi aux droits du vendeur, de manière que le prêteur, au terme fixé au vendeur, pourra en faire inscrire le privilége (2108 C. fr.).

2153. L'inscription des priviléges dont il s'agit dans les deux articles précédents doit être faite dans le délai d'un mois, à dater du jour où, par acte soit public, soit sous seing privé ayant date certaine, le contrat de vente, le partage ou l'adjudication a été fait.

Pendant le temps consacré à la vente ou à l'adjudication des biens ou à leur partage, aucune hypothèque ne peut être prise

[1] Il paraît que l'inscription est constatée au moyen d'une notification du titre de l'ayant droit; le Code toscan se sert toujours du mot *notificazione*.

au préjudice ni du vendeur, ni de celui qui a fourni les fonds, ni du cohéritier ou copartageant.

Au moyen de l'inscription, les priviléges dont il est fait mention ci-dessus se conservent, en remontant à l'époque où le droit a pris naissance.

2154. Sont soumises à la même inscription les créances des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers (2110 C. fr.).

Cette inscription doit se faire dans le délai de trente jours, à compter de la date de l'acte public ou de l'écrit sous seing privé ayant date certaine.

2155. Les créanciers et légataires qui demandent la séparation des patrimoines, conformément à l'article 2147, conservent à l'égard des créanciers ou représentants de l'héritier leur privilége sur les immeubles de la succession, par les inscriptions faites sur chacun de ces biens, dans les quarante jours à compter de l'ouverture de la succession.

Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être consentie sur ces biens par les héritiers ou représentants, au préjudice de ces créanciers ou légataires (2111 C. fr.).

2156. *Comme* 2112 C. fr.

2157. Toutes les créances privilégiées dont il a été fait mention aux articles 2151, 2152, 2154 et 2155, à l'égard desquelles, etc. *Le reste comme* 2113 C. fr.

§ 5. — Du rang entre les priviléges.

2158. Les créanciers privilégiés dont il est fait mention à l'article 2129 sont payés de préférence aux créanciers qui ont un privilége sur certains meubles ou immeubles.

La masse des meubles ou des immeubles contribuera à leur payement proportionnellement.

2159. Lorsque les créanciers mentionnés en l'article 2129 se présentent pour être payés sur le prix d'un meuble ou d'un immeuble en concurrence avec les créanciers privilégiés sur l'immeuble, les payements se font dans l'ordre suivant :

1° Les frais de justice;

2° Les dépenses funéraires;

3° Les frais de dernière maladie;

4° Le salaire des gens de service et les fournitures d'aliments (2101 C. fr.).

2160. Les créanciers ayant un privilége spécial sur certains meubles sont payés dans l'ordre qui suit :

Les créanciers pour les semences et les frais de récolte et d'exploitation sont preférés au bailleur et au propriétaire (*padrone*), pour les récoltes des terres affermées ou louées. Parmi ces frais sont payés : 1° ceux de la récolte, 2° ceux d'exploitation, 3° ceux des semences.

Quant aux instruments qui servent à l'agriculture, le bailleur et le propriétaire ne viennent qu'après leur vendeur, même lorsque le prix a été convenu, et après l'ouvrier qui les a confectionnés. Si le concours est établi entre l'ouvrier et le propriétaire, le premier est préféré.

Quant aux meubles qui se trouvent dans la maison ou sur le fonds loué ou affermé, celui qui les a vendus sans être convenu du prix est préféré au locateur ou propriétaire, s'il a formé son action en revendication dans le délai fixé par la loi; et si le locateur ou le propriétaire savait que les meubles n'appartenaient point au colon, fermier ou métayer, l'artisan et l'ouvrier sont préférés au locateur et au maître pour le payement de l'objet sur lequel ils ont travaillé.

Le créancier a un privilége sur le gage dont il est en possession, l'aubergiste sur les hardes du voyageur qui ont été introduites dans son auberge, le batelier et le canotier pour les frais de conduite et les accessoires sur la chose conduite; ils sont préférés au vendeur de la chose, malgré son droit de revendication, à moins que le dépositaire, l'aubergiste et le batelier ne sachent que le prix de la chose n'a pas été payé.

2161. Parmi les créanciers privilégiés sur certains immeubles, les architectes, les maçons et autres ouvriers employés à la construction ou à la réparation de la chose, et ceux qui ont fourni l'argent pour payer ou rembourser les ouvriers, sont préférés au vendeur.

2162. Le vendeur est préféré, pour ce qui lui est encore dû,

à celui qui a fourni à l'acheteur les fonds pour faire l'acquisition.

Dans le cas de plusieurs ventes successives dont le prix est encore dû en tout ou en partie, le premier vendeur est préféré au second, le second au troisième, et ainsi de suite.

2163. Entre les créanciers du défunt et les légataires, les premiers sont toujours, et dans tous les cas, préférés aux seconds.

2164. Les créanciers privilégiés au même degré sont payés au marc le franc.

Section II. — *Des hypothèques.*

De 2165 à 2167. *Comme* 2114 à 2117 C. fr.

2168. *Comme* 2118 C. fr. *Il est ajouté :*

Le domaine utile et le domaine direct dans l'emphytéose.

2169. *Comme* 2119 C. fr.

2170. L'hypothèque soit légale, soit judiciaire ou conventionnelle, peut être acquise par les étrangers.

§ 1er. — De l'hypothèque légale.

2171. La loi accorde une hypothèque générale sur tous les immeubles présents et à venir, ou une hypothèque spéciale sur certains immeubles.

2172. L'hypothèque générale est accordée par la loi : à la femme mariée sur les biens de son mari, pour sa dot, ses gains nuptiaux, et pour l'exécution des conventions matrimoniales. *Le reste comme* 2121, §§ 1 et 2 C. fr.

2173 et 2174. L'hypothèque n'est accordée à la femme pour les conventions matrimoniales, sa dot et les gains nuptiaux, que lorsqu'elle a été contractée par acte notarié avant le mariage.

2175. L'hypothèque légale sur les biens du mari remonte au jour où la dot a été constituée, quoique le payement n'en ait été fait que postérieurement.

2176. La loi accorde une hypothèque spéciale :

Aux créanciers du défunt et aux légataires sur les biens de la succession ;

Aux cohéritiers ou copartageants sur les immeubles de la succession;

Au vendeur sur l'immeuble vendu;

A ceux qui ont fourni l'argent nécessaire pour l'acquisition de l'immeuble;

Aux architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers sur l'immeuble bâti, reconstruit ou réparé, et à ceux qui ont prêté de l'argent pour payer ou rembourser les ouvriers.

Ces hypothèques spéciales sont accordées dans les cas énoncés en l'article 2157.

§ 2. — De l'hypothèque judiciaire.

2177. *Comme* 2123 C. fr. *Il est ajouté :* Mais elle (l'hypothèque judiciaire) ne produit son effet que du jour de l'échéance de l'obligation.

§ 3. — De l'hypothèque conventionnelle.

2178 à 2182. *Comme* 2124 à 2128 C. fr.

2183. L'hypothèque peut être stipulée ou générale sur tous les biens présents et à venir, ou spéciale sur tous les biens présents nominativement indiqués, ou sur un ou plusieurs immeubles déterminés (2129 C. fr. diff.).

Chacune de ces hypothèques peut être stipulée ou dans l'acte notarié qui constitue la créance, ou dans un acte notarié postérieur.

2184. *Comme* 2131 C. fr.

2185. L'hypothèque spéciale s'étend aux alluvions et à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué (2133 C. fr.).

§ 4. — De la manière de conserver les hypothèques.

2186. L'hypothèque légale, judiciaire et conventionnelle doit être inscrite dans les formes et dans les termes prescrits par la loi (2134 C. fr.).

2187. L'inscription de l'hypothèque légale attribuée à la femme doit être faite par le notaire qui a reçu le contrat de mariage avant

l'échéance du terme fixé pour l'enregistrement de cet acte (2135 C. fr. diff.).

2188. L'inscription de l'hypothèque légale attribuée aux mineurs devra être faite par le greffier du tribunal où sont enregistrées les tutelles, dans l'espace de vingt jours à compter du jour où la tutelle a été inscrite (*Ibid.*).

2189. Le notaire et le greffier sont tenus d'exécuter ces prescriptions de la manière prescrite par les deux articles précédents, sous peine de dommages et intérêts, par suite du défaut ou du retard de l'inscription (*Ibid.*).

2190. Lorsque, dans le contrat de mariage, il aura été convenu que l'hypothèque ne sera constituée que sur un ou plusieurs immeubles déterminés appartenant au mari, l'inscription n'aura lieu que sur les immeubles hypothéqués : ceux qui n'y auront point été indiqués resteront libres et affranchis (2144 C. fr.).

Il en sera de même pour les immeubles du tuteur, si le tribunal décide que l'inscription ne doit avoir lieu que sur des immeubles déterminés (2148 C. fr.).

2191. On ne pourra jamais stipuler dans le contrat de mariage, ni déclarer devant le tribunal, en ce qui concerne le tuteur, qu'il ne sera pris aucune hypothèque ni inscription.

2192. *Comme* 2146 C. fr.

2193. *Comme* 2148 C. fr.

2194. Les hypothèques judiciaires qui résultent d'un jugement pourront être inscrites le jour où il a été prononcé, quoique encore soumis à opposition ou appel.

2195. *Comme* 2149 C. fr.

2196. Quoique, lors de l'inscription, l'immeuble ou les immeubles sur lesquels on veut conserver l'hypothèque soient possédés par des tiers détenteurs, il suffit de l'inscription faite par la seule désignation du débiteur.

2197. Les inscriptions seront nulles si elles ne font point connaître la personne du débiteur, ou si elles n'expriment pas la nature de l'hypothèque, si elle est générale ou spéciale, et, dans ce dernier cas, l'immeuble ou les immeubles qui en sont grevés (2132 C. fr.).

L'inscription ne sera valide que pour la somme énoncée au

bordereau, quoiqu'il soit établi par l'acte constitutif que la somme due est plus forte que la somme exprimée.

2198. Si la somme énoncée est plus élevée que la somme réellement due, l'inscription ne sera valide que pour cette dernière somme.

2199. Les autres formalités requises et énoncées plus haut pour les inscriptions n'entraînent point la nullité, mais leur omission ou l'omission de l'une d'elles fait perdre au créancier, en cas de concurrence, le droit de remboursement pour les frais de l'inscription.

2200. Pour l'inscription des hypothèques légales des femmes sur les biens du mari, des mineurs sur les biens des tuteurs, du gouvernement, des établissements publics, et des communes sur les biens des comptables et des administrateurs, on ne sera point tenu de déclarer la valeur des droits éventuels, conditionnels ou indéterminés.

2201. Lorsque l'hypothèque légale existe indépendamment d'un acte écrit, elle peut être inscrite en indiquant l'époque du fait qui y a donné lieu.

2202 et 2203. *Comme* 2150 et 2152.

2204. *Comme* 2155 C. fr.

2205. *Comme* 2154 C. fr. *Il est ajouté :*

Les inscriptions renouvelées après dix ans ne peuvent produire d'effet que du jour du renouvellement, et ne la conservent que pour dix autres années successives.

2206. Pour faire le renouvellement, le créancier présente ou fait présenter au conservateur des hypothèques le bordereau de l'inscription à renouveler.

Le conservateur transcrit sur un nouveau registre la formule entière de l'inscription telle qu'elle existe sur le registre précédent. Il y met la date du jour qui suit celle de l'inscription, en certifiant que la dernière inscription a été fidèlement transcrite sur le nouveau registre, et il rend à celui qui le lui a présenté le bordereau, au pied duquel il certifie avoir renouvelé l'inscription, en y ajoutant la date de ce renouvellement.

Lorsque le créancier a perdu le bordereau de l'inscription pré-

cédente, le conservateur devra lui en délivrer une nouvelle copie et y apposer ladite attestation.

2207. Les inscriptions des hypothèques sur les biens des maris et des tuteurs pourront être renouvelées sur la demande de la femme, ou des mineurs, ou des parents tant du mari que de la femme, et de ceux des mineurs ou de leurs amis.

Les maris et les tuteurs seront tenus de demander le renouvellement des inscriptions sur leurs biens. S'ils omettent de demander ou de faire exécuter ce renouvellement, et s'ils consentent à laisser prendre des priviléges ou hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément ou leur qualité de tuteurs ou la créance de la dot et des conventions matrimoniales envers la femme, ils seront réputés stellionataires (2136, § 2 C. fr.).

Les maris encourront en outre la perte des avantages matrimoniaux. *Le reste comme* 2137 C. fr.

§ 5. — De la réduction des hypothèques.

2208. Les inscriptions prises pour les hypothèques judiciaires et légales qui s'étendent sur les biens présents et à venir du débiteur pourront, par sentence du tribunal, être annulées pour la part qui excède la proportion convenable (2160 C. fr.).

De 2209 à 2211. *Comme* 2162 à 2165 C. fr.

2212. Toutes les fois que les inscriptions prises par un créancier qui, aux termes de la convention, aurait un droit d'hypothèque sur les biens présents et à venir de son débiteur, seront portées sur plus de domaines différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté du créancier, l'action en réduction est ouverte au débiteur (2161 C. fr.).

Dans ce cas, les inscriptions qui portent sur plusieurs domaines ne seront considérées comme excessives que lorsque la valeur d'un seul ou de plusieurs d'entre eux excède de plus de moitié, en biens libres, le montant des créances en capital et accessoires légaux.

Si la créance est de sa nature conditionnelle, éventuelle ou indéterminée, et qu'elle n'ait point été fixée dans la convention,

l'évaluation de l'excès de l'inscription sera arbitrée par le tribunal, ainsi qu'il est dit à l'article 2210.

2213. Si, dans le partage d'un patrimoine, il y a lieu à restreindre aux termes de l'article 1344, ou à transporter l'hypothèque judiciaire, légale ou conventionnelle, la garantie des créanciers devra être déterminée par le tribunal, selon les dispositions des articles 2209, 2210 et 2211.

§ 6. — Du rang que les hypothèques ont entre elles.

2214. *Comme* 2134 C. fr. *On a retranché les mots* sauf les exceptions portées en l'article suivant.

2215. *Comme* 2147 C. fr.

2216. Si le créancier qui a inscrit un capital productif d'intérêts annuels en a énoncé le taux dans l'inscription, il a droit d'être colloqué pour ces intérêts, pendant cinq ans seulement, au même rang que le capital (2251 C. fr.).

2217. Si dans l'inscription le capital est déclaré productif d'intérêts, et que le taux n'en ait pas été énoncé, le créancier sera colloqué au même rang que pour le capital pendant les cinq ans, à raison de 5 pour 100, à moins de conventions contraires.

2218. Le créancier qui a pris l'inscription dans les formes prescrites par la loi a le droit d'être colloqué, pour les frais d'inscription et ceux faits pour se procurer les documents nécessaires à établir sa créance et à les produire, au même rang que pour la créance.

Section III. — *Du mode de purger les propriétés des priviléges et des hypothèques.*

2219. *Comme* 2181 C. fr.

2220. Les créanciers hypothécaires antérieurs à la vente ou à la donation pourront faire inscrire leurs titres dans le délai de quarante jours à dater de la transcription.

Pourront aussi être inscrits dans les quarante jours les priviléges acquis sur le fonds avant la vente ou la donation, pourvu que le délai fixé pour leur inscription par les articles 2153, 2154 et 2155 ne soit pas expiré; s'il est expiré, le créancier pourra

encore faire inscrire son privilége dans les quarante jours; mais, dans ce cas, l'inscription ne produira que les effets mentionnés à l'article 2157.

Les inscriptions faites quarante jours après la transcription ne produiront aucun effet sur le fonds dont l'acte de vente aura été transcrit.

2221. Après l'expiration du délai de quarante jours, le tiers détenteur devra signifier aux créanciers qui auront fait inscrire leurs droits sur le fonds, et au domicile par eux élu :

1° L'extrait de son titre. *Le reste comme* 2183, 1°, C. fr.

2222. *Comme* 2184 C. fr. *Il est ajouté :* et même dérivant d'une constitution de rente perpétuelle.

2223. L'acquéreur, dans le cas de vente volontaire, peut faire cette signification en tout temps pour éviter les poursuites des créanciers; dans le cas de poursuites, la signification devra être faite cinquante jours au plus tard à dater des premières poursuites.

Si la vente est judiciaire, il devra faire ladite signification dans le délai de cinquante jours à dater de l'adjudication (2183 C. fr.).

2224. Lorsque le nouveau propriétaire aura fait cette signification, chaque créancier dont le titre sera inscrit peut demander que l'immeuble soit de nouveau mis en vente aux enchères publiques, à condition :

1° Que la demande soit signifiée au nouveau propriétaire dans les vingt jours au plus tard après la signification qu'il a faite, en y ajoutant deux jours pour chaque 30 milles de distance entre le domicile élu et le domicile réel de chaque créancier requérant. *Le reste comme* 2°, 3°, 4° et 5° de l'art. 2185 C. fr.

2225. La demande pour faire mettre de nouveau l'immeuble en vente peut être faite par les créanciers hypothécaires ou privilégiés dont le titre n'a pas été inscrit, et par les créanciers chirographaires, en observant les prescriptions de l'article précédent, et à la charge de justifier dans leur demande de leurs créances par acte public ou sous seing privé ayant date certaine. Le titre sera annexé à la demande, et, en cas de contestation, le tribunal prononcera par voie sommaire et sans appel sur l'admission de la demande, sauf à statuer définitivement sur l'existence de la créance par un jugement ordinaire.

2226. *Comme* 2186 C. fr. *La fin, depuis ces mots :* en payant le dit prix, etc., *est supprimée.*

2227. *Comme* 2187 C. fr.

2228. *Comme* 2188 C. fr. *Il est ajouté :*

L'adjudicataire est encore tenu de payer les dépenses et les améliorations faites par l'acheteur ou le donataire sur le fonds, jusqu'au montant de la plus-value.

2229. *Comme* 2189 C. fr. *Il est ajouté :*

Tout autre adjudicataire est tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication, mais le conservateur en fera l'inscription gratis.

2230. Si l'adjudication n'a pas lieu au profit de l'acquéreur, il ne devra céder le fonds au nouvel adjudicataire qu'à la fin de l'année rurale ; jusqu'à cette époque, il restera débiteur des intérêts du prix de son acquisition.

Si le fonds adjugé est une maison, l'acquéreur ne sera tenu de la céder au nouvel adjudicataire qu'à l'échéance du terme de location, d'après la coutume du lieu ; jusqu'à cette époque, l'acquéreur jouira du logement de la maison, et sera obligé aussi de rendre les intérêts du prix de son acquisition.

2231 à 2233. *Comme* 2190 à 2192 C. fr.

SECTION IV. — *De l'effet des priviléges et hypothèques contre les tiers détenteurs.*

2234. *Comme* 2166 C. fr. *Il est ajouté :*

Les créanciers privilégiés ou hypothécaires ne peuvent exercer leurs droits contre le tiers détenteur, si l'inscription n'a pas été prise dans les quarante jours à dater de la transcription.

2235. *Comme* 2170 C. fr.

2236. *Comme* 2167 et 2168 C. fr.

2237. *Comme* 2169 C. fr.

2238 à 2242. *Comme* 2172 à 2176 C. fr.

2243. *Comme* 2177 C. fr. *Il est ajouté :*

Mais si le droit était privilégié ou hypothécaire, le créancier ne reprendra son ancien rang qu'autant qu'il aura été inscrit.

Les créanciers personnels de l'acquéreur exercent leur hypothèque à leur rang sur le bien délaissé ou adjugé.

2244. *Comme* 2178 C. fr.

SECTION V. — *De la radiation des inscriptions de priviléges et d'hypothèques.*

2245. *Comme* 2157 C. fr. *Il est ajouté :*

Sont capables de donner ce consentement tous ceux qui ont la libre administration de leurs biens. Les administrateurs des biens d'autrui sont réputés capables lorsqu'ils exhibent la créance inscrite ; dans les autres cas, ils doivent y être autorisés par ordonnance du juge ou par l'autorité compétente.

2246 à 2248. *Comme* 2146 à 2148 C. fr.

SECTION VI. — *De l'extinction des priviléges et hypothèques.*

2249 à 2251. *Comme* 2180 C. fr. *Il est ajouté à la fin du dernier paragraphe :* par l'extinction du privilége ou de l'hypothèque.

SECTION VII. — *De la publicité des registres et de la responsabilité des conservateurs.*

2252 à 2257. *Comme* 2196 à 2201 C. fr.

2258. *Comme* 2202 C. fr. *Seulement l'amende à prononcer contre les conservateurs est de 50 à 200 fr. au lieu de 200 à 1,000 fr.*

2259. *Comme* 2203 C. fr.

ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH.

TRAITÉ DU DROIT PUBLIC DES FRANÇAIS, précédé d'une Introduction sur les fondements des sociétés politiques; par **M. D.** Serrigny, professeur à la faculté de droit de Dijon.

Compte-rendu par M. TISSOT, professeur à la faculté des lettres de Dijon.

Ce n'est pas précisément ici un commentaire de la première partie de la charte : c'est plus et c'est moins. Plus, en ce sens que l'auteur fait précéder l'œuvre du jurisconsulte de considérations philosophiques sur la matière; moins, puisque les articles 10 et 11, qui figurent aussi sous cette rubrique, *droit public des Français*, n'ont pas été l'objet d'une étude spéciale. L'auteur n'a voulu comprendre par *droit public* que les droits absolus, c'est-à-dire ceux que nous tenons immédiatement de la nature, et qui n'ont pas même besoin d'être reconnus par le législateur; le mode et la mesure de leur exercice, tout au plus, demandent à être réglés par l'autorité souveraine. Si la dénomination de *droit public des Français* n'avait pas été mise en tête de ces restes de la *déclaration des droits de l'homme*, nous serions tenté de la trouver mauvaise dans le livre qui nous occupe; en effet, l'égalité devant la loi, — la liberté individuelle, — le droit d'association et de réunion, — la liberté religieuse, — celle de la presse, — de l'enseignement, — de la propriété, — de l'industrie, — le droit de pétition, — celui de port d'armes ou de défense, font partie des droits de tout le monde dans tous les pays, et ne sont pas plus un droit public spécial que celui de vivre et d'attendre sa destinée au milieu de nos semblables et par leur concours. Je ne sais si ce n'est pas plutôt une faute qu'une garantie de permettre au législateur de proclamer les droits naturels; il a trop l'air de les décréter ou de les octroyer. N'ayant pas le droit de les méconnaître, il semblerait au moins inutile qu'il les reconnût, si les hommes n'étaient sûrs de ce qu'ils sentent qu'à la condition de le voir. C'est dans les sentiments, dans les convictions, c'est-à-dire dans l'esprit et le cœur des citoyens, que doivent être écrites ces sortes de lois; si elles ne s'y trouvent pas,

en vain elles seront gravées ailleurs. En vain aussi des législateurs ont méconnu l'existence de ces droits, ils ont pu en empêcher l'exercice, mais non les abolir.

Dans la première partie de son ouvrage, l'introduction, M. Serrigny traite du fondement des sociétés politiques, — de la formation de ces sociétés, — de la souveraineté politique en général, — de l'origine et de la légitimité du pouvoir souverain, — de son étendue et de ses limites, — des lois et du droit en général, — des différentes formes de gouvernement, — et enfin de l'influence de la révolution française sur les doctrines politiques et sociales.

Deux choses distinguent les idées politiques de l'auteur : l'amour de la liberté et celui de l'ordre. La liberté dans l'ordre exclut le despotisme, l'ordre dans la liberté exclut l'anarchie. Mais qu'appellera t-on liberté, et quel en sera le degré ? A quoi reconnaîtra-t-on l'ordre, et comment le distinguer d'une autorité abusive ? Si ces questions ne sont pas résolues, on n'est d'accord que sur des mots. Les ingrédients de l'ordre et de la liberté peuvent singulièrement varier en proportions, et le composé qui en résulte différer d'un extrême à l'autre. C'est donc dans la manière de résoudre les questions particulières que se dessine l'esprit sagement libéral de l'auteur. M. Serrigny est un conservateur hardi, qui sait que l'on ne conserve qu'à la condition de modifier et de réparer suivant les besoins, et que des matériaux usés par le temps sont peu propres à restaurer des édifices comparativement nouveaux. La société est un organisme qui a ses formes passagères, il faut savoir accepter ces formes successives et variées ; vouloir s'attacher à celles qui ne sont plus ou qui s'en vont, plutôt que de favoriser l'éclosion des germes qu'elles ont laissés, c'est prendre à rebours la loi du développement organique, contrarier et retarder l'œuvre de la nature. Une pareille manière de conserver serait une destruction, si la destruction était ici au pouvoir de l'homme. Mais si l'homme, faute de comprendre la loi du mouvement humanitaire, ne peut cependant pas étouffer la vie sociale, il peut au moins la troubler profondément, en fausser les résultats, et mettre le désordre, la difformité et la souffrance où l'harmonie, la beauté et le bonheur auraient pu régner et grandir.

C'est là ce que M. Serrigny a parfaitement compris. Il est homme de son siècle, autant du moins qu'il convient à un jurisconsulte philosophe. Enfant légitime du XVIIIe, il en accepte la succession avec reconnaissance, mais quelquefois cependant sous bénéfice d'inventaire. C'est ainsi, par exemple, qu'il repousse dès l'abord les idées de Rousseau sur l'origine contractuelle des sociétés. C'est bien; mais je m'étonne qu'un esprit aussi juste n'ait pas aperçu que Rousseau ne veut réellement parler que d'un quasi-contrat, et qu'en ce sens la doctrine est irréprochable. Qui oserait en effet prétendre que chacun de nous, accueilli et protégé par la société au sein de laquelle nous prenons naissance, ne contracte pas par le fait certaines obligations envers elle; que s'il continue à recevoir ses bienfaits, ces obligations ne s'accroissent pas; que la société elle-même, servie par nos pères, n'est pas tenue à recevoir leurs enfants parmi ses membres? Or si les sociétés ne sont pas éternelles, il a dû exister un moment où des familles plus ou moins nombreuses se sont décidées à vivre sous une autorité commune. En s'agglomérant ainsi, ces familles ont pu expliquer leurs intentions sur la manière d'être gouvernées, ou, si elles ne l'ont pas fait, l'autorité qu'elles ont constituée en s'y soumettant n'a pu raisonnablement penser qu'elles ne voulussent pas les plus grands avantages possibles, aux conditions les moins onéreuses pour elles. En acceptant le gouvernement, ou même en le prenant, cette autorité a dû en accepter les charges aussi bien que les droits; elle a dû comprendre que les droits n'existent même qu'à cause des charges, de même que ceux qui se soumettaient à son commandement n'ont voulu obéir que pour leur plus grand avantage. Voilà le contrat : il résulte de la nature des choses; il n'a besoin d'être rédigé que dans la vue d'une plus grande précision.

Il ne s'agit donc pas précisément de savoir si l'homme est fait pour la société, si les sociétés ont toujours existé, au moins sous la forme domestique, mais bien quelles sont les bases juridiques absolues de toute société digne de ce nom. Mais tout en supposant que l'homme est fait pour la société, il faut lui reconnaître le *droit* d'en sortir si bon lui semble, c'est-à-dire s'il y trouve personnellement plus d'inconvénients que d'avantages, et si par son isolement il ne porte pas atteinte à de véritables droits so-

ciaux. Au point de vue *moral*, c'est-à-dire en consultant ce qu'il se doit à lui-même plutôt que ce qu'il doit aux autres, l'homme peut difficilement excuser sa séparation d'avec ses semblables. Mais c'est là un tout autre point de vue qu'on ne distingue pas assez du premier. On voit dès lors ce qu'il peut y avoir de doublement inexact dans cette phrase : « La formation des sociétés ci- » viles n'est point un fait accidentel et contingent, purement » volontaire de la part de l'homme, mais un fait providentiel, » un ordre conforme aux lois qui régissent la nature de l'homme. » Aussi l'auteur reconnaît-il que plusieurs individus peuvent quitter la société civile dont ils font partie; il ne met à cette faculté que la double restriction, 1° que tous ne la quittent pas; 2° que la loi politique ne s'y oppose point. Mais comment ce qui est permis à un seul ou à plusieurs ne le serait-il pas à tous? Où faudra-t-il s'arrêter? Et si l'on trouve une limite, de quel droit décider entre des prétentions égales? Au profit de qui et par qui s'exercerait cette opposition, si tous étaient d'accord? On le voit, l'auteur confond un devoir moral qui pèse sur tous avec un droit qui serait sans sujets pour l'exercer. Quant à la seconde exception, elle n'est pas plus soutenable que la première; car s'il n'y a pas de droit positif possible contre un droit absolu, en vain la loi politique s'opposerait à ce qu'un membre de la société s'éloignât; elle ne serait qu'une exigence arbitraire et tyrannique. Ce n'est pas là qu'est l'exception, mais uniquement dans les obligations naturelles ou civiles que chaque membre peut avoir contractées envers la cité ou quelques-uns des citoyens. Aussi ceux qui prétendent qu'on ne peut juridiquement abandonner la société civile, se fondent-ils sur cette fausse raison qu'on ne peut jamais s'acquitter envers elle, et que tout le monde est condamné à mourir insolvable.

L'auteur livre un combat plus vigoureux et plus décisif à deux autres hypothèses sur l'origine de la souveraineté politique, celle du droit divin et de la raison. Il y a néanmoins un sens, mais détourné, suivant lequel ces deux systèmes s'expliquent et se soutiennent; mais il suffit que ce sens ne soit pas celui qu'on y attache d'ordinaire, pour que la réfutation de l'auteur subsiste dans toute sa force.

M. Serrigny reconnaît quatre caractères à la souveraineté : l'*omnipotence*, l'*irresponsabilité*, l'*unité* et l'*indivisibilité*. Kant n'en reconnaissait que trois, dont chacun correspond à l'une des trois grandes fonctions de la souveraineté, celles de faire les lois, de les appliquer dans les cas particuliers, et d'en exiger le respect : « Il faut dire de ces trois pouvoirs, considérés dans leur » dignité, que la volonté du législateur est *irrépréhensible*, que » le pouvoir exécutif est *irrésistible*, et que la sentence du juge » suprême est *sans appel*. » Ces trois caractères conviennent en effet au souverain comme prince, en prenant ce dernier mot dans le sens de Rousseau, et en ne considérant l'action du prince qu'à l'égard des individus. Mais si on l'envisage par rapport à la nation entière, les caractères assignés par M. Serrigny (car ce sont ceux-là que nous devons examiner) sont-ils tous également vrais, et n'y en aurait-il aucun autre? Le souverain, comme prince, c'est-à-dire comme homme individuel ou collectif exerçant l'autorité souveraine, n'est pas investi de ces pouvoirs pour lui-même ou dans son intérêt; il n'est donc qu'un moyen pour une fin à atteindre, et cette fin n'est pas la sienne propre, mais celle du peuple ou de la nation dont il fait partie. Il ne peut donc pas avoir de légitimes intérêts contraires à ceux du peuple. Son pouvoir ne s'exerce donc légitimement qu'autant qu'il est conforme à l'utilité publique; s'il y devient contraire, par système surtout, il cesse d'être légitime. L'omnipotence gouvernementale ou souveraine n'est donc que conditionnelle, c'est-à-dire qu'elle doit être subordonnée au bien public; elle n'est donc pas absolue. Mais qui sera juge du bien général? sera-ce le prince ou le pays? Évidemment celui-là doit juger du bien au profit de qui ce bien doit exister. C'est donc au pays à porter ce jugement et à déclarer, par un moyen ou par un autre, que le souverain manque sciemment à sa mission ou la remplit mal. Dans le premier cas il y a crime de lèse-nation, dans le second incapacité. Dans les deux cas la justice absolue, plus forte que toutes les fictions, veut des conséquences plus ou moins fâcheuses pour le prince. L'irresponsabilité n'est donc pas plus absolue que l'omnipotence. Il en est de même de l'unité, car le prince peut être collectif. Il en est de même encore de l'indivisibilité; une des fonctions sou-

veraines peut s'exercer par l'un, et une seconde par un autre. Il est même généralement reconnu qu'il en doit être ainsi.

Il suit de ce qu'on vient de dire que l'omnipotence et l'irresponsabilité ne sont des attributs de la souveraineté qu'à l'égard des particuliers, mais nullement vis-à-vis de la nation. C'est, dira-t-on, déplacer la souveraineté et la transférer au peuple! Oui et non. Oui, si l'on prétend que c'est être souverain que d'avoir droit à être gouverné pour soi, pour son plus grand bien, et de vouloir qu'il en soit ainsi; non, si l'on soutient que le peuple peut se gouverner lui-même. Il ne peut ni préparer ses lois, ni les appliquer, ni les faire exécuter, pour peu surtout que son territoire soit étendu; il lui faut donc des mandataires qui exercent le pouvoir suprême dans son intérêt. Du reste, cette doctrine est bien aussi celle de M. Serrigny, lorsqu'il dit : « La souveraineté dérive d'une adhésion tacite, ou d'une convention expresse, ou de la conquête. Or, toute convention synallagmatique (l'adhésion et la conquête en sont sans doute aussi susceptibles dans la pensée de l'auteur) renferme virtuellement une condition résolutoire contre celle des parties qui viole le contrat. Cette condition résolutoire est donc implicitement contenue dans le pacte exprès ou tacite qui règle l'établissement de la souveraineté dans tous les États. » Et cependant M. Serrigny soutient que le prince, la souveraineté organisée peut seule modifier le pacte fondamental : ce qui est tout à fait contraire aux principes et à la nature du contrat synallagmatique. Quand on lui objecte que cette modification pourrait être malhabile et contraire aux droits sacrés de la nation, il répond en opposant une sorte d'impossibilité morale, sous prétexte que « la raison a été donnée aux hommes mis à la tête des sociétés politiques aussi bien qu'aux individus, afin de modérer l'usage qu'ils peuvent faire de leur liberté. » Pauvre garantie, et qui n'aurait jamais dû être alléguée par un homme qui sait l'histoire! Un ancien avait dit bien plus sagement : *Quos vult perdere Jupiter dementat*. On peut appliquer à la nation, vis-à-vis du souverain organisé, et avec plus de raison peut-être, ce que dit l'auteur du rapport pratique de la puissance temporelle et de la spirituelle : « La nature des choses veut que l'un des deux pouvoirs ait le dernier mot. » Reste à savoir

maintenant de quel côté *doit* être ce dernier mot en cas d'opposition. Si c'est du côté du souverain organisé, du prince, du gouvernement, votre libéralisme est loin d'être au niveau de celui de Fénelon, et vous faites des peuples la chose des rois. Si c'est au contraire du côté de la nation, vous êtes alors dans le vrai ; les choses sont à leur place ; les gouvernants sont, comme tels, les hommes des gouvernés, et c'est précisément ce qui constitue la souveraineté du peuple. Cette souveraineté, la seule *absolue*, *omnipotente*, *irresponsable*, *une* et *indivisible*, *intransmissible* et *indéfectible*, cette souveraineté ne nous semble pas avoir été suffisamment reconnue par l'auteur. Je comprends toutes ses craintes, mais je n'en suis point effrayé. Il ne s'agit pas, sous prétexte d'avoir un ordre fortement constitué, un pouvoir énergique, de lui livrer à merci les libertés publiques et individuelles. Et c'est pourtant ce qui arrive infailliblement toutes les fois qu'on sort du principe de la souveraineté du peuple, telle que je viens de l'exposer. Il ne s'agit pas de dire qu'il y aurait alors deux souverainetés, celle de la nation et celle du prince : non; et c'est ici que le parallélisme est impossible : il n'y a, d'une part, que le *droit* d'être gouvernés comme il convient à des êtres raisonnables et susceptibles d'un perfectionnement indéfini, et, de l'autre, le *devoir* et la mission de gouverner ainsi. Il y a donc subordination, et pas du tout coordination. La souveraineté organisée n'est souveraine qu'à l'égard des individus et des collections partielles d'individus; elle exerce uniquement un pouvoir qui lui est délégué, et qui par conséquent peut lui être retiré par la nation ; elle n'a donc que l'*exercice* du droit de souveraineté, et non la *souveraineté* même. Si la nation n'exerce pas elle-même son droit, ce n'est pas qu'elle manque de la faculté juridique nécessaire à cet effet ; il y aurait en cela contradiction : mais c'est tout simplement qu'il y a impossibilité physique en général. En deux mots, le pouvoir souverain doit être tellement constitué qu'il ne puisse être opposé aux droits et aux intérêts du pays, ou que cette opposition, si elle existe, puisse à l'instant et sans efforts être régulièrement brisée par la nation.

Je ne pourrais non plus partager entièrement les idées de M. Serrigny sur la dépendance où il voudrait mettre l'Église à

l'égard de l'État. Je ne veux pas plus l'autel sur le trône que le trône sur l'autel, mais je veux l'un à côté de l'autre. Seulement, il reste entendu que ces deux puissances ne doivent pas se donner la main comme des voleurs pour ravir au peuple une liberté que tout pouvoir regarde toujours avec crainte et défaveur, et que les attributions de l'une seront respectées de l'autre. Avec une éducation publique bien entendue, avec la liberté des cultes et de la presse, mais une liberté véritable, complète, il y aurait peu à craindre des entreprises du clergé en dehors des dogmes et de la morale purement ecclésiastique. En principe, il est très-dangereux que le pouvoir civil se mêle positivement des affaires religieuses; qu'il se mette au service des passions d'une secte, ou qu'il veuille lui-même se poser en autorité religieuse, il manque également à sa mission, qui est de protéger toutes les croyances sans les juger, et de n'en imposer aucune. Le règne de la justice, et subsidiairement celui de la morale purement sociale ou publique, enfin le plus grand bien de tous compatible avec le respect des consciences et le libre mouvement des idées, telle est la mission d'un gouvernement. Il n'est pas chargé d'enseigner la vérité, religieuse ou autre, parce qu'il ne la possède pas; mais il doit la laisser librement chercher. Si, sous prétexte d'une plus ou moins grande utilité publique, il s'avise de distinguer entre une religion et une autre, de protéger l'une aux dépens des autres, tout est perdu; l'intrigue du clergé le plus puissant, ses intérêts, ses passions, ses préjugés, tout cela va devenir l'âme de la législation, et la liberté de conscience sera étouffée au nom du bien public. Et cependant cette liberté est la première et la plus précieuse de toutes, c'est le premier des biens publics, la garantie de tous les autres.

C'est encore dans l'intérêt de la liberté et de l'égalité de tous les citoyens devant la loi que je reprocherai à M. Serrigny d'avoir cru à la nécessité d'une haute chambre législative. Une pareille institution n'a de sens et de valeur qu'autant qu'il existe une aristocratie dont on veut maintenir les priviléges, ou bien encore si le souverain constitué s'imagine avoir des droits et des intérêts contraires à ceux de la nation. Dans ce second cas, une chambre haute peut devenir entre ses mains comme un balan-

cier qui lui permette de marcher avec plus ou moins d'habileté et de sûreté à l'encontre du vœu et des intérêts du pays. Mais si le chef du gouvernement ne pouvait jamais rien entreprendre contre les droits et les libertés publiques, jamais il ne se trouverait en opposition avec le pays, jamais il n'aurait besoin d'armes offensives ou défensives contre les représentants de la nation. Une chambre haute, si elle avait quelque utilité dans une monarchie comme la France, accuserait tout simplement une fausse position du pays à l'égard du prince, c'est-à-dire une trop large part faite ou projetée au profit de la royauté. Rien ne serait plus facile que de réfuter les arguments donnés habituellement en faveur de l'existence d'une haute chambre législative. Je ne conteste pas l'utilité d'une *seconde* chambre également élective ou d'un sénat; je ne parle que d'une chambre aristocratique de la façon de la couronne, héréditaire ou non.

Une dernière observation critique que nous soumettrons à M. Serrigny est relative à l'idée qu'il se fait de la loi juridique et morale par rapport aux croyances religieuses : il n'admet pas de loi morale dans l'hypothèse de l'athéisme, sous prétexte qu'il n'y a pas de loi possible sans législateur. L'auteur confond ici l'existence d'un fait avec son explication. S'il se bornait à soutenir que l'athéisme est insoutenable en présence de la loi morale, il pourrait avoir raison; mais s'il prétend que l'hypothèse de l'athéisme entraîne la non-existence de la loi morale, il se trompe. Cette loi est plus qu'une idée renfermée à titre de conséquence dans une autre idée, c'est un fait, et l'hypothèse de la non-existence de Dieu n'empêche pas ce fait d'exister. On tombe donc ici dans le sophisme *de genere ad aliud genus*. Autre chose est de dire : *La loi morale existe comme effet*, *donc Dieu existe comme cause*, autre chose de raisonner ainsi : *Dieu n'existe pas*, *donc la loi morale n'est pas non plus*. Le second raisonnement est démenti par l'expérience. Quant au premier, il repose sur la double supposition que la loi morale est un effet, et qu'il n'y a pas d'effet de cette nature, ou de loi, sans une cause qui s'appelle législateur. C'est là entendre le mot *loi* dans le sens restreint de la loi humaine, et non dans le sens large et vrai de Montesquieu et des naturalistes. C'est de plus commettre une pétition de principe, car

on ne peut de prime abord poser la loi morale comme un effet, lorsqu'il est précisément question de savoir si elle a une cause étrangère à notre nature, et si cette nature n'a pas son éternelle raison dans cette nature plus vaste et plus compréhensive de l'universalité des choses et des lois qui président à leurs transformations. Une preuve sans réplique que toute loi ne suppose pas un législateur, même une loi morale, c'est que Dieu lui-même est conçu comme un être moral, ayant une nature, une loi morale. La manière d'être des choses dérive de leur essence, et cette essence peut être ou n'être pas conçue éternelle ; mais elle n'en est pas moins réelle considérée en elle-même : c'est là toute la question. L'homme est-il, en fait, ou n'est-il pas un être porteur d'une loi morale? Si vous dites oui, et vous y êtes obligé par le fait, l'athée subit la même nécessité ; il ne peut nier la loi morale que de bouche, car lui aussi est homme. Il ne s'agit pas de savoir quelle sera pour lui l'efficacité de cette loi ; c'est là une tout autre question. Si vous dites non, vous mentez à votre conscience, et vous rendez la loi morale impossible, malgré votre hypothèse de l'existence de Dieu ; car il restera vrai pour vous que l'homme n'est régi naturellement par aucune loi. Et alors, il manquera même de ce qui serait nécessaire pour sentir et comprendre la justesse d'une loi morale révélée ; il ne sera pas plus un être moral que la brute, et toutes les révélations possibles seront impuissantes à le changer : une révolution suppose la loi morale, elle ne la constitue pas. Voilà les belles conséquences auxquelles entraînent certains préjugés que M. Serrigny ne partage pas sans doute, mais par les vains raisonnements desquels il s'est laissé un instant égarer. C'est une des gloires de Socrate d'avoir aperçu que la loi morale est essentiellement indépendante des croyances religieuses. Il fut en cela suivi par Platon, par Aristote, par Cicéron, Épictète, Marc-Aurèle. Si Grotius l'a comprise ainsi au XVII[e] siècle, Kant a démontré au XVIII[e] que « la *religion* est la connaissance de tout devoir comme » ordre divin. Elle précède donc la foi à l'existence de Dieu, et, » comme morale, conduit à la théologie sous le rapport pratique, » tout en restant problématique sous le rapport spéculatif. » C'est un grand pas de plus dans l'ordre des idées. Jusque-là on

n'avait reconnu que l'indépendance de la loi morale à l'égard des croyances; Kant prouve, en outre, que ces croyances doivent être subordonnées à la morale. Pour en finir avec les autorités, nous n'en citerons plus qu'une seule : M. Jouffroy, dans son admirable traité du *Droit naturel*, s'exprime ainsi : « Au delà de l'ordre, notre raison n'aurait pas vu Dieu, que l'ordre n'en serait pas moins sacré pour elle, car le rapport qu'il y a entre notre raison et l'idée d'ordre subsiste indépendamment de toute pensée religieuse. Seulement, quand Dieu apparaît comme substance de l'ordre, si je puis parler ainsi, comme la volonté qui l'a établi, comme l'intelligence qui l'a pensé, la soumission religieuse s'unit à la soumission morale, et par là encore l'ordre devient respectable. » M. Belime, ce jeune professeur si regrettable, était donc dans le vrai, lorsqu'il marchait sur les traces de Jouffroy, de Kant, de Montesquieu, de Grotius, de Cicéron et de Socrate; ce sont là des guides un peu plus célèbres et un peu plus sûrs que l'estimable janséniste Domat. Du reste, M. Serrigny a une raison trop droite et trop élevée pour ne pas admettre l'existence naturelle d'une loi morale et juridique en nous : « Non, réplique-t-il avec force aux adversaires de cette loi, non, il n'est pas vrai de dire que l'homme doué de raison soit sans règle de conduite, ou, ce qui est la même chose, sans lois naturelles hors de la société civile, et que l'idée de droit..... n'existe pas en dehors des prescriptions des lois positives. S'il en était ainsi, jamais les lois civiles n'auraient pu être établies par les hommes. Comment le législateur politique qui n'aurait pas les idées du juste et de l'injuste antérieurement à la formation de ces lois, aurait-il pu les créer pour consacrer ce qui lui paraît juste et défendre ce qui lui paraît injuste? »

Nous venons de voir la philosophie politique de M. Serrigny, philosophie qui est généralement la nôtre, malgré les quelques dissentiments qu'on vient de voir. Quant à la partie positive de son livre, nous sommes encore plus pleinement de son avis. Le titre 1[er] de cette partie de l'ouvrage : *De la nationalité française et de l'extranéité*, est exécuté d'un point de vue élevé et savant. C'est une des parties les plus remarquables du livre, et qui doit prendre place parmi les meilleurs commentaires des articles 7-21

du Code civil. Là, comme dans tous le reste de son ouvrage, l'auteur fait preuve d'une érudition étendue et solide; il n'en use cependant qu'avec goût et sobriété. Ses citations, toujours bien placées, ne sont jamais qu'un argument à l'appui d'un principe ou d'une doctrine. Un des chapitres les plus intéressants, les plus complets et les plus irréprochables du livre, est celui qui traite de la noblesse à propos de l'égalité devant la loi. Les mauvaises tendances de l'empire à cet égard y sont surtout mises à nu avec la dernière évidence; les ordres de chevalerie y sont également appréciés à leur juste valeur. Peut-être l'auteur en aurait-il pu dire un peu plus encore, s'il n'avait craint d'être comparé à ceux qui frappent aux portes de l'Académie en jetant des pierres. Plus d'une fois M. Serrigny contredit, et selon nous avec la plus grande force, la jurisprudence générale. Je ne doute pas que si les magistrats prenaient le temps de lire, et qu'ils fussent encore d'avis de rendre des arrêts plutôt que des services, il n'eussent une tout autre manière de voir en beaucoup de points, par exemple sur la liberté des associations en matière de culte, particulièrement sur le mariage civil des ex-prêtres. Ce dernier point, entre autres, est démontré jusqu'à la dernière évidence. M. Serrigny a très-bien compris également que les fondations et les legs au profit des établissements publics sont toujours subordonnés, quant à leur durée, à l'utilité commune. Turgot avait déjà traité cette question de jurisprudence politique de la manière la plus satisfaisante dans l'article *Fondation* qu'il destinait à l'Encyclopédie. Kant, dans ses *Principes métaphysiques du droit*, l'a résolue dans le même sens; ces deux penseurs auraient pu être utilement consultés. L'auteur a bien traité aussi l'importante question de la liberté religieuse. Cependant nous croyons qu'il s'est doublement écarté du vrai lorsqu'il dit : « On conçoit à la rigueur que des particuliers puissent se passer de croyances religieuses; mais un État ne le peut guère; il est bien difficile qu'il n'ait pas une religion officielle. » Dites plutôt que la religion est essentiellement individuelle, qu'elle n'est pas une affaire sociale de justice ou d'injustice, et que tout ce que l'État doit faire se borne à protéger la manifestation des croyances diverses, non pas tant, comme on le croit abusivement, parce

qu'elles sont utiles à la société, mais uniquement parce qu'elles sont chères à ceux qui les partagent. C'est donc à titre de *droit* privé, et non point à titre de *bien public*, directement du moins, que la liberté de conscience mérite protection. Si vous permettez au législateur de peser et de juger les croyances au poids de l'intérêt, il mettra dans la balance ses préjugés, qui ne manqueront jamais de l'emporter. « Il est bien difficile que l'État n'ait pas une religion officielle! » Il est impossible au contraire qu'il en ait une, s'il ne veut pas, comme il le doit, subordonner les inspirations de la justice aux croyances religieuses positives, c'est-à-dire aux préjugés de sectes, et s'il veut, comme il le doit encore, protéger tous les cultes qui n'ont rien de contraire à la morale naturelle. Entendons-nous cependant : si la religion officielle signifie dans votre pensée une *abstention* de certains services publics, par respect pour les croyances des fonctionnaires et de la très-grande majorité de la population, par exemple la fériation des tribunaux les jours de dimanche, j'admets la nécessité d'une religion officielle, et cette religion sera naturellement celle du plus grand nombre. Mais si par religion officielle on entend une *participation* positive à un culte quelconque de la part des pouvoirs sociaux, quels qu'en soient le degré et la nature, je dis alors qu'une pareille religion, loin d'être nécessaire, est essentiellement injuste, immorale, dangereuse et inconstitutionnelle. Elle est injuste, car le fonctionnaire public peut n'être pas né dans la religion officielle; elle est injuste, car il peut être né dans cette religion et en avoir rejeté les croyances; elle est injuste, puisqu'on demande au fonctionnaire plus qu'on n'a le droit de lui demander, plus qu'il ne doit; elle est immorale, puisqu'elle tend à répandre la fausseté et l'hypocrisie, à dégrader l'homme à ses propres yeux en lui faisant pratiquer des actes qui ne sont point dans ses convictions, qui peut-être y sont contraires, et qui seraient alors des mensonges publics; elle est immorale et antireligieuse encore, parce qu'elle introduit l'impiété dans le sanctuaire, ou qu'elle habitue la conscience à regarder toutes les formes religieuses comme indifférentes. Celui qui se trouve forcé de protéger des actes religieux extérieurs dont il ne sent point la convenance, ou qu'il juge plus défavorablement en-

coré, celui-là n'a que deux partis à prendre : ou le faire d'assez mauvaise grâce pour qu'on ne se trompe pas sur ses sentiments, sans du reste donner de scandale ; ou ne voir dans toutes ces formes que des mouvements de paroles de peu ou de point d'importance, et de regarder les pratiques les plus saintes aux yeux de certaines gens comme de purs symboles, ou quelque chose de moins encore ; si bien que le mot sacrilége n'est plus à ses yeux qu'un terme sans signification possible pour celui qui se conforme à ses pratiques sans y croire. Beau résultat, beau profit des religions officielles! Ces religions sont dangereuses ou impolitiques, parce qu'elles tendent toutes à soumettre le pouvoir civil aux prétentions théocratiques, et à dénaturer ainsi par un mélange adultère l'essence des deux pouvoirs. Ces sortes de religions sont inconstitutionnelles enfin dans tous les pays où la liberté des cultes a été proclamée, où leur égalité devant la loi a été reconnue, où la protection de l'État est promise à tous, et des priviléges à aucun. « Tous les jours, dit-on, l'État agit comme s'il avait une croyance officielle. » On cite la chapelle catholique du Luxembourg, les tableaux religieux replacés dans les prétoires, les cérémonies catholiques auxquelles sont régulièrement convoqués chaque année tous les fonctionnaires sans distinction de culte. J'accorde tous ces faits, mais je suis si loin d'en reconnaître la nécessité et la justice, que je ne puis au contraire y voir, par les raisons déduites plus haut, qu'une très-fâcheuse tendance, qu'un oubli arbitraire, impolitique et coupable des principes de la liberté des cultes et de l'absence de toute religion d'État. Voilà ce que M. Serrigny sent aussi bien que nous, quoiqu'il ait un instant paru hésiter sur ces grands intérêts et ces grands principes. Il n'est pas moins révolté que nous pouvons l'être des maximes tyranniques et impies des partisans de la contrainte religieuse, depuis Bossuet jusqu'à Rousseau. L'histoire est un grand maître, quand on sait la comprendre ; mais à défaut de l'enseignement de l'histoire, des principes tels que ceux de l'évêque de Meaux sont bien propres à faire réfléchir quiconque a une conscience et en reconnaît une aux autres : « Le prince doit employer son autorité pour détruire dans son État les fausses religions ; on peut employer les rigueurs contre les observateurs de ces religions. Ceux

qui ne veulent pas souffrir que le prince use de rigueur en matière de religion, parce que la religion doit être libre, sont dans une erreur impie. Je déclare que je suis et que j'ai toujours été du sentiment, premièrement, que les princes peuvent contraindre par des lois pénales tous les hérétiques à se conformer à la profession et aux pratiques de l'Église catholique; deuxièmement, que cette doctrine doit passer pour constante dans l'Église, qui non-seulement a suivi, mais encore demandé de semblables ordonnances des princes. » (*Politique tirée de l'Écriture*, VIII, 3, 9, 10; 5, 18; lettre à Basville, t. XI, p. 812; édit. de Besançon.) Ce prétendu droit, cet étrange devoir même d'extirper ou de faire *extirper l'hérésie par le fer et le feu*, comme on disait dans le beau temps de la toute-puissance cléricale; cette capitale erreur en matière de justice et de morale, a fait plus d'ennemis à l'Église catholique que les persécutions ne lui ont gagné d'adhérents. Ces horribles maximes, qu'on fait semblant de répudier aujourd'hui, sont une des choses qui nécessitent au plus haut degré une distinction profonde entre le christianisme et le catholicisme. Il est très-malheureux que tant de gens ne sachent pas assez que l'un ne peut être solidaire des erreurs, des fautes et des crimes de l'autre. Le livre de M. Serrigny peut aider beaucoup à faire cette utile distinction.

Nous aurions bien d'autres parties à louer encore, mais cet article, déjà trop long, doit être terminé par deux mots sur la forme de l'ouvrage. Un style clair, rapide, suffisamment correct, simple, comme il convient à un ouvrage didactique, un raisonnement serré, de la méthode dans la disposition des matières, du trait dans la critique, une parfaite connaissance de notre législation politique, une parfaite justesse dans l'application, une idée vraie de l'esprit de nos institutions, un sentiment juste de l'avenir qu'elles sont appelées à réaliser, un attachement profond à la cause de la liberté et de la justice : tels sont les principaux mérites qui recommandent aux amis de nos institutions, aux magistrats, aux défenseurs de nos intérêts privés et publics, et surtout à la jeunesse de nos écoles de droit, le *Traité du droit public des Français*.

J. TISSOT.

CHRONIQUE.

Royaume des Deux-Siciles. Le traité de commerce conclu avec la Russie, dont nous avons annoncé récemment la ratification, a été promulgué le 4 décembre. — Un traité de commerce conclu sur des bases analogues à celui que nous venons de mentionner, a été conclu avec les États-Unis.

Hanovre. Un traité de commerce a été conclu entre le royaume de Hanovre et l'union douanière. — Le Bulletin des lois contient les dispositions d'un traité de commerce et de navigation conclu entre le royaume de Hanovre et celui de Sardaigne, analogue, dans ses dispositions, à celui qui a été conclu par ce dernier royaume avec la Prusse et l'union douanière.

Brunswick (Duché de). Le Bulletin des lois, en date du 25 novembre, contient les dispositions du traité conclu entre l'union douanière et l'union de Hanovre (*Hannoversche Steuerverein*), ayant pour but de faciliter le commerce réciproque entre les deux territoires.

Bavière. La session des États a été ouverte par le roi le 6 décembre. — Le journal officiel contient l'acte de ratification d'un traité de commerce conclu, le 30 juin de cette année, entre le royaume de Bavière et celui de Portugal.

Hesse Électorale. La session des États a été ouverte le 8 décembre.

Hesse (grand-duché). Un projet de Code des délits et des peines en matière de simple police a été présenté aux chambres. — Les chambres sont encore saisies d'un projet de Code civil dont la première partie a déjà été adoptée dans une session précédente.

France. Le *Bulletin des lois* publie plusieurs ordonnances importantes qui concernent la colonie d'Alger. La première, en date du 31 octobre, est relative aux biens séquestrés. Le titre 1er s'occupe des biens séquestrés antérieurement, et le titre 2, des biens séquestrés postérieurement à cette ordonnance. L'article 11 est ainsi conçu : « A l'avenir le séquestre ne pourra être établi sur les biens meubles et immeubles des indigènes, que si ces indigènes ont : 1° commis des actes d'hostilité, soit contre les Français, soit contre les tribus soumises à la France, ou prêté soit directement, soit indirectement, assistance à l'ennemi, ou enfin entretenu des intelligences avec lui ; 2° abandonné, pour passer à l'ennemi, les propriétés ou les territoires qu'ils occupaient. L'abandon et le passage à l'ennemi seront présumés à l'égard de ceux qui seront absents de leur domicile depuis plus de trois mois, sans permission de l'autorité française. — Art. 13. Les biens séquestrés seront régis par l'administration des domaines. » — L'article 28 prononce la réunion au domaine, sauf les droits des créanciers, des biens frappés de séquestre qui n'auront pas été réclamés dans les deux ans à dater de la publication de l'arrêté qui établit le séquestre.

Une seconde ordonnance, du 9 novembre, organise le culte israélite en Algérie, et prescrit la création de salles d'asile et d'écoles pour les Israélites des deux sexes. Une troisième ordonnance, du même jour, a pour objet de régler l'administration des biens du domaine de l'État et du domaine public, et l'aliénation des biens domaniaux.

Le *Bulletin des lois* contient en outre une ordonnance rendue en exécution

des conventions postales conclues et signées à Paris les 25 juin et 26 juillet 1845, entre la France et les cantons suisses de Bâle-ville, Berne, Genève, Neufchâtel, Vaud et Zurich ;

— Dans le projet de loi sur le budget des dépenses présenté aux chambres, le ministère a proposé d'augmenter les traitements des magistrats. Depuis longtemps leur insuffisance a été signalée, et l'on s'accorde généralement à reconnaître que non-seulement l'intérêt de la magistrature, mais le bien général exigeraient qu'on élevât la rétribution qui est accordée aux travaux de l'ordre judiciaire. Un excellent moyen d'arriver à ce but, sans accroître beaucoup les charges de l'État, serait de supprimer des siéges où les magistrats sont bien peu occupés, et de diminuer dans presque tous le nombre des juges. Nous reviendrons plus tard sur ces idées d'une nouvelle organisation judiciaire. Voici comment s'exprime l'exposé des motifs du projet de loi :

« *Cours royales.* — La fixation des traitements actuels des conseillers des cours royales remonte à une époque déjà éloignée.

» Ceux de la cour royale de Paris ont été établis par un arrêté du 8 vendémiaire an XII (1er octobre 1803), et ceux des autres cours, par la loi organique du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800).

» Ainsi, depuis plus de quarante ans, les conseillers, à Paris, reçoivent un traitement de 8,000 fr. ; depuis plus de quarante-cinq ans les conseillers des autres cours touchent 4,200, 3,600 et 3,000 fr.

» Un décret du 30 janvier 1811 a réglé sur ces traitements ceux des autres membres, en accordant :

» Aux présidents de chambre et premiers avocats généraux, un supplément du quart en sus ;

» Aux avocats généraux, un supplément du sixième ;

» Et aux substituts, les trois quarts du traitement de conseiller.

» Les traitements des chefs de ces cours avaient été, par le même décret, fixés ainsi : 1re classe, 36,000 ; 2e, 25,000 ; 3e, 20,000 ; et 4e, 15,000 fr.

» La loi de finances de 1832 avait réduit ces traitements à près de moitié ; celle de 1834 les a portés à 24,000, 20,000, 15,000 et 12,000 fr., taux actuel.

» La différence de la valeur monétaire, l'augmentation du prix des loyers et de toutes les choses nécessaires à la vie, rendent les traitements d'aujourd'hui de beaucoup inférieurs à ce qu'ils étaient alors.

» En conséquence, le gouvernement propose :

» 1° De fixer le traitement des chefs des cours de 1re, 3e et 4e classes à 25,000, 18,000 et 15,000 fr., ce qui le laisse au-dessous du taux établi par le décret de 1811 ;

» 2° D'élever le traitement des conseillers à 10,000, 6,000, 5,000 et 4,000 fr., et celui des autres membres des cours dans les proportions déterminées par ce décret ;

» 3° Enfin, d'attribuer aux commis-greffiers moitié du nouveau traitement des conseillers (arrêté du 8 messidor an VIII, 27 juin 1800), excepté à Paris, où ils auraient 3,600 fr.

» *Tribunaux de première instance.* — Les tribunaux de première instance ont été institués par la loi organique du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800), et les traitements actuels ont été établis :

» Pour le tribunal de la Seine, par arrêté du 17 messidor an XII (6 juillet 1804) ;

» Pour les autres tribunaux, par un décret du 20 juin 1806, modifié par les ordonnances des 16 octobre 1822 et 26 septembre 1837, rendues pour l'exécution de lois de finances.

» Ces tribunaux, au nombre de 361, sont divisés en six classes, d'après le traitement des simples juges, qui a servi de base à la fixation de celui des autres membres, savoir :

1re classe,	6,000 fr.	3e classe,	2,400 fr.	5e classe,	1,800 fr.
2e —	3,000	4e —	2,100	6e —	1,500

» La loi de l'an VIII accorde aux vice-présidents un supplément du quart en sus; aux substituts le traitement de juge; et l'ordonnance du 16 octobre 1822 donne aux juges d'instruction un supplément du cinquième en sus.

» Quant aux chefs de ces tribunaux, la loi de l'an VIII leur allouait indistinctement un supplément de moitié en sus; le décret du 20 juin 1806 a élevé le traitement, pour Paris, à 16,000 fr., et au double du traitement de juge pour Bordeaux, Lyon, Marseille, Rouen, Aix, Amiens, Angers, Besançon, Bourges, Brest, Caen, Clermont-Ferrand, Dijon, Grenoble, La Rochelle, Lille, Lorient, Metz, Montpellier, Nancy, Nantes, Nîmes, Orléans, Poitiers, Reims, Rennes, Rochefort, Strasbourg, Toulon, Toulouse, Tours et Versailles.

» On propose :

» 1° De fixer le traitement des juges et substituts ainsi qu'il suit :

1re classe,	7,000 fr.	3e classe,	3,000 fr.	5e classe,	2,000 fr.
2e —	4,000	4e —	2,500	6e —	1,600

» 2° D'élever le traitement des présidents et procureur du roi du tribunal de la Seine, de 16,000 à 18,000 fr.;

» 3° De fixer ce traitement au double de celui de juge pour les chefs de tribunaux des villes désignées au décret de 1806, qui allouait cette proportion en raison de l'importance de ces villes et de leur population, devenue depuis plus considérable encore;

» 4° D'accorder à ceux des autres tribunaux un supplément des trois quarts, au lieu de la moitié qu'ils reçoivent aujourd'hui;

» 5° De maintenir aux vice-présidents et aux juges d'instruction les suppléments proportionnels établis;

» 6° D'accorder aux commis-greffiers la moitié du traitement de juge, excepté à Paris, où il serait de 3,000 fr. pour tous.

» Les commis-greffiers d'audience et ceux attachés à l'instruction des affaires criminelles ont des fonctions d'une égale importance; il doit donc y avoir entre leurs traitements une parité qui a d'ailleurs existé de 1800 à 1815.

» Les augmentations demandées pour les tribunaux de première instance sont justifiées par les motifs précédemment exposés.

» *Justices de paix.* — Lors de la discussion de la loi du 21 juin 1845, des réserves ont été faites sur la question d'assimilation entre les nouveaux traitements qu'on pourrait proposer pour les juges de première instance et ceux des juges de paix siégeant dans les mêmes villes que ces tribunaux.

» Après mûr examen, le gouvernement n'a pas balancé à comprendre ces juges de paix au budget pour les mêmes traitements que les juges. Les traitements proposés ne s'élèveront nulle part au delà de ce qui est nécessaire pour procurer à ces magistrats des moyens d'existence convenables.

» Quant aux autres chapitres du budget, comme ils restent les mêmes, ils ne donnent lieu à aucune explication. »

D'après les modifications portées dans ce projet, voici quelle serait la nouvelle fixation des traitements :

Cours royales.

	1re classe.	2e classe.	3e classe.	4e classe.
Premiers présidents et procureurs généraux	25,000	20,000	18,000	15,000 fr.
Présidents de chambre et premiers avocats généraux	12,500	7,500	6,250	5,000
Conseillers	10,000	6,000	5,000	4,000
Avocats généraux	12,000	7,000	5,833	4,667
Substituts	10,000	4,400	3,750	3,000
Commis-greffiers	3,600	3,000	2,500	2,000

Tribunaux de première instance.

Présidents, 1re classe, 18,000 fr. ; — 2e, 8,000 ; — 3e, 6,600 ; — 4e, 4,000 ; — 5e, 3,500 : — 6e, 2,800.

Vice-présidents, 1re classe, 8,750 fr. ; — 2e, 5,000 ; — 3e, 3,750 ; — 4e, 3,125 ; — 5e, 2,500 ; — 6e, n'a pas de vice-président.

Juges d'instruction, 1re classe, 8,400 fr. ; — 2e, 4,800 ; — 3e, 3,600 ; — 4e, 3,000 ; — 5e, 2,400 ; — 6e, 1,920.

Juges, 1re classe, 7,000 fr. ; — 2e, 4,000 ; — 3e, 3,500 ; — 4e, 2,500 ; — 5e, 2,000 ; 6e, 1,600.

Procureurs du roi, 1re classe, 18,000 fr. ; — 2e, 8,000 ; — 3e, 6,000 ; — 4e, 5,000 ; — 5e, 3,500 ; — 6e, 2,800.

Substituts, 1re classe, 7,000 fr. ; — 2e, 4,000 ; — 3e, 3,000 ; — 4e, 2,500 ; — 5e, 2,000 ; 6e, 1,600.

Greffiers, 1re classe, 6,000 fr. ; — 2e, 2,400 ; — 3e, 1,800 ; — 4e, 1,500 ; — 5e, 1,200 ; — 6e, 1,000.

Commis-greffiers assermentés, 1re classe, 3,000 fr. ; — 2e, 2,000 ; — 3e, 1,500 ; — 4e, 1,250 ; — 5e, 1,000 ; — 6e, 800.

Justices de paix.

D'après le nouveau projet combiné avec la loi du 21 juin 1845, le traitement des juges de paix serait ainsi fixé : Paris, 7,000 fr. — Bordeaux, Lyon, Marseille et Rouen, 4,000 fr. — Lille, Nantes et Toulouse, 3,000 fr. — Amiens, Angers, Caen, Metz, Montpellier, Nancy, Nîmes, Orléans, Reims, Rennes, Strasbourg et Versailles, 2,500 fr. — Dans les cent vingt-six siéges de tribunaux de 5e classe, 2,000 fr. — Dans les deux cent quinze siéges de 6e classe, 1,600 fr. — Dans les arrondissements de Saint-Denis et de Sceaux, 3,000 fr. — La Guillotière, Mulhouse, Roubaix, Turcoing (population de 20,000 âmes et au-dessus), et Mézières (chef-lieu de département), 1,800 fr. — Chefs-lieux d'arrondissement où ne siége pas le tribunal de première instance, 1,500 fr. — Villes ou communes de 3,000 âmes et au-dessus de population agglomérée, 1,500 fr. — Villes ou communes dont la population est inférieure à 3,000 âmes, 1,200 fr.

Examen des phases diverses de la législation française relative aux chemins de fer. — Des unions et coalitions de capitalistes et de compagnies financières ayant pour but de soumissionner l'exploitation de ces chemins.

Par M. PAUL DUPLAN, avocat à la cour royale de Paris.

SECOND ARTICLE.

§ VI. — De 1844 à 1845.

Cependant la lumière se faisait peu à peu autour de la loi de 1842. Mais on s'était livré à l'industrie privée, et on ne voulut pas revenir sur le principe, on songea seulement à diminuer et à restreindre les sacrifices publics, en raison des progrès qui s'accompliraient chaque jour dans la science des dépenses et des produits des chemins de fer. Malheureusement la spéculation paraît avoir toujours été en avant de l'État dans cette science, et elle a constamment réussi, par suite, à se faire la part du lion. Il est résulté de cette situation que chaque loi spéciale de concession qui s'est succédé, a été tiraillée et ballottée, en quelque sorte, entre le principe de transaction qu'on avait posé et le besoin de diminuer les avantages des compagnies.

Par l'effet des réserves qu'on avait faites au profit du système si malheureusement abandonné en 1838, une loi du 7 juillet 1844 autorisa la mise en fermage du chemin de Montpellier à Nîmes, entièrement construit par l'État. Ce fut jusqu'ici le seul exemple d'exécution complète par l'État et de fermage simple. L'État n'afferma, par cette loi, le chemin que pour douze ans, moyennant un prix minimum de 250,000 francs.

Restait à fixer le mode d'exécution et d'exploitation des grandes lignes, décrétées par la loi de 1842 : celles d'Orléans à Bordeaux, de Paris sur le centre de la France, de Paris à la frontière belge, de Paris à Lyon et à Avignon, de Paris à Strasbourg, de Tours à Nantes, et plusieurs autres lignes importantes en projet.

Il fut reconnu d'abord par tout le monde que l'article 7 de la

loi du 11 juin 1842, qui ordonnait le remboursement en fin de bail sur estimation aux compagnies du capital dépensé pour les rails, devait être effacé, et qu'il fallait une combinaison au moyen de laquelle l'État demeurât propriétaire en fin de bail sans rien payer à cet égard. Le produit espéré des chemins à concéder rendait cette combinaison facile, au moyen par les compagnies de la réserve annuelle d'une annuité pour la recomposition de leur capital.

Cette première déviation à la loi de 1842 admise, il fallait déterminer quelle devrait être la durée moyenne des concessions, les tarifs ayant pour base, selon la règle acceptée en France, les chiffres moyens suivants : par kilomètre, *voyageurs*, 1re classe, 0,10 c., 2e classe, 0,075 m., 3e classe, 0,055 m.; marchandises (en moyenne la tonne), 0,16 c. Il fallait de plus déterminer les conditions du rachat avant l'expiration de la concession, dans le cas où le gouvernement le stipulerait. Enfin il fallait savoir quel mode on emploierait pour la concession, si ce serait la concession directe, ou l'adjudication avec concurrence et publicité.

Il ne m'appartient pas d'entrer ici dans l'examen des calculs de probabilités de produits, qu'on peut établir sur la base des tarifs qui précède pour les différentes lignes; mais je dois dire qu'en 1844 les compagnies financières reconnaissaient que les produits nets des chemins de fer [1], seraient sur les bonnes lignes de 25,000 fr. par kilomètre [2]. Cependant elles réclamaient une durée de concession de 46 ans et 324 jours, qui pouvait s'abaisser suivant les lignes jusqu'à 20 ou 28 ans. Mais on leur répondait en leur

[1] *V.* les diverses publications de M. Bartholony, directeur de la compagnie d'Orléans, intitulées : *Lettre à M. Dufaure* (session de 1842). — *Lettres à un Député* (1844, 1845). — *Résultats économiques des chemins de fer*, Paris, 1844, et la réponse qui y est faite sous ce titre : *Du Système de fermage simple, par une compagnie.*

[2] Ce produit varie maintenant entre 50 et 65,000 fr. bruts sur les bonnes lignes. C'est ce que reconnaît le *Journal des Débats* du 6 janvier 1846. Or nous verrons que la dépense d'exploitation s'élève au plus à 45 pour 100, et sur certaines lignes n'atteint pas plus de 36 pour 100. Par conséquent, le produit par kilomètre varierait maintenant, sur les bonnes lignes, entre 26, 28 et plus de 30,000 fr. nets, ce qui (la dépense étant de 150,000 fr. par kilomètre) donnerait, dans le système de la loi de 1842, un produit de 17, 19 ou 20 pour 100 à répartir entre les compagnies et l'État, conformément aux clauses que nous indiquons ci-après.

montrant qu'il résulterait pour elles de cette combinaison, un bénéfice flottant entre 12 et 16 pour 100.

Je n'ai, je le répète, ni l'intention ni la prétention de déterminer avec une précision mathématique le maximum de durée de concession, qui devait être fixé équitablement pour chaque ligne par les lois complémentaires de celle du 11 juin 1842; mais pour continuer la pensée qui préside à ce travail, je dois suivre pas à pas la marche de la loi dans ses rapports généraux avec l'intérêt public au milieu des mirages ou des embûches de la spéculation.

Trois lois entraînant concession immédiate de chemins de fer sortirent de la session de 1844, toutes trois à la date du 26 juillet; ce furent celle relative aux chemins d'Orléans à Bordeaux, d'Amiens à Boulogne, d'Orléans au confluent de l'Allier avec la Loire et à Châteauroux par Vierzon. La première, conçue dans le système de la loi de 1842, autorisait une concession par adjudication dont le maximum de durée pouvait être 41 ans et 16 jours, à partir du délai fixé pour la pose de la voie de fer. La seconde était l'application de la concession à l'industrie privée sans aucune subvention; elle autorisait une aliénation de 99 ans. Enfin la troisième, dans le système mixte de 1842, autorisait une concession de 40 années.

La faculté de rachat, après les 15 premières années, est stipulée dans ces trois lois au profit de l'État, moyennant le payement d'une annuité représentant le produit moyen du chemin durant les sept années précédant le rachat, laquelle annuité devra être payée à la compagnie soumise au rachat, pendant chacune des années restant à courir sur la durée de la concession. L'État sera tenu de rembourser la valeur du matériel d'exploitation sur estimation à la fin du bail. Enfin, il est stipulé que pendant les cinq premières années de l'exploitation, les compagnies sont dispensées de toutes redevances envers l'État pour la location du sol du chemin, et des travaux exécutés avec les fonds du trésor public; mais à l'expiration de ces cinq années, si le produit de l'exploitation excède 8 pour 100 du capital dépensé par la compagnie, la moitié du surplus sera attribuée à l'État à titre de prix de ferme. Néanmoins cette attribution ne s'exercera qu'au moment où les

produits cumulés des années antérieures auront suffi à couvrir la compagnie de l'intérêt à 6 pour 100 du capital par elle employé, et de l'amortissement calculé sur le pied de 1 pour 100 de ce capital entier.

Voici maintenant les conséquences matérielles qu'on pouvait déduire de ce contrat, en prenant pour base de raisonnement le chiffre de 25,000 fr. de produits nets par kilomètre, constaté par M. Bartholony, pour les bonnes lignes. Choisissons pour cette opération un des tronçons de la ligne du centre, celui d'Orléans à Vierzon. Ce tronçon a une longueur de 80 kilomètres : la compagnie, devant débourser 150,000 francs par kilomètre pour les rails à deux voies et le matériel d'exploitation, n'aurait à recueillir pour un placement à 5 pour 100 que 7,500 fr. de produit annuel par kilomètre. Le produit net étant supposé de 25,000 fr. par kilomètre, il en résulte non plus un intérêt de 5 pour 100, mais un dividende de près de 15 pour cent, sur lequel 8 pour 100 attribués d'abord à la compagnie, plus, à la même, la moitié des 7 pour 100 restant, en totalité 11 1/2 pour 100 [1].

Si on supposait maintenant que l'État voulût racheter au bout de quinze années (le produit moyen étant fixé à 10 pour 100 par exemple) la concession de ce chemin, qui a été portée à quarante années, il en résulterait ceci : la compagnie aura dépensé pour les rails et le materiel, sur les 80 kilomètres, 12 millions de francs ; l'État devant, aux termes du cahier des charges, lui rembourser la valeur du matériel qui représente le tiers de cette somme, 4 millions, elle ne resterait plus à découvert que de 8 millions. Or le dividende formant l'annuité à payer par l'État jusqu'à la fin de la concession originaire, s'élevant, calculé sur le pied de 10 pour 100 du capital, à 1,200,000 fr. par année, l'État, par suite, aurait à rembourser à la compagnie une somme totale de 30 millions, pour les 25 ans restant à courir. En déduisant de cette somme les 8 millions dépensés par la compagnie pour les rails, plus la différence d'intérêts pendant cinq ans à peu près, par suite du payement de l'État par annuité, en tout environ 9 millions, resterait, bénéfice net pour la compagnie, 21 mil-

[1] Les actions de ce chemin ont eu presque constamment un cours correspondant à ce chiffre.

lions pour avoir prêté, pendant quinze ans, un capital dont l'intérêt lui aurait été payé en outre, en moyenne, chaque année, à 10 pour 100 au moins [1].

[1] Ces résultats sont peut-être au-dessous de la vérité. Les calculs faits par le gouvernement ou par les commissions des chambres pour déterminer, d'après le produit espéré, la durée de la concession, n'ont pas toujours été exempts d'erreur ou d'omission. Voici les calculs que j'ai faits sur la ligne d'Orléans à Vierzon, et qui me semblent confirmer cette assertion relativement à ce chemin au moins.

Il résulte des déclarations de M. le ministre des travaux publics, que la circulation annuelle d'Orléans à Vierzon fournirait les chiffres suivants : Voyageurs, 119,476 ; marchandises, 63,130 tonnes ; bétail, 457,000 têtes (séance de la chambre des pairs, *Moniteur* du 23 juillet 1844, p. 2320).

En la supposant portée sur le chemin de fer, cette circulation, rapprochée du tarif concédé à la compagnie, produirait 1,729,723 fr., et ce, non compris le transport du poisson de mer, celui des voitures et celui des petits objets.

En acceptant pour la dépense d'exploitation les chiffres de M. Éd. Teisserenc, qui a fait un calcul détaillé pour la ligne d'Orléans à Vierzon, cette dépense serait de 814,000 fr.

Balance.	Produit brut.	1,729,723 fr.
	Dépense d'exploitation.	814,000
	Reste produit net.	915,723 fr.

La compagnie devant dépenser, sur les 80 kilomètres, 150,000 fr. au plus par kilomètre pour la seule dépense à sa charge, celle des rails et du fonds d'exploitation, soit 12 millions, réduits à 10 environ par suite de la faculté qui lui est laissée de n'établir la double voie que sur un quart de la ligne entière, il résulte du calcul ci-dessus qu'elle aura à percevoir, pour sa mise de fonds de 10 millions, un dividende annuel de 915,723 fr., dont la répartition sur la somme engagée élève l'intérêt de cette somme à 9 pour 100, dans l'hypothèse de la circulation annoncée par M. le ministre des travaux publics.

Mais il est constant que la circulation augmentera conformément à la loi ordinaire des chemins de fer, et sera peut-être doublée au bout de deux ans d'exploitation. L'augmentation avait même déjà commencé avant la concession. En effet, le rapport de M. Lanyer à la chambre des députés (*Moniteur* du 22 juin 1844) prouve que M. le ministre des travaux publics s'est tenu dans sa déclaration au-dessous de la circulation réelle. M. Lanyer déclare qu'il résulte des documents mis sous les yeux de la commission, que le nombre de 119,476 voyageurs était celui qui existait avant l'ouverture du chemin de fer d'Orléans, mais que ce nombre a augmenté de 30,000 depuis lors, et qu'il est maintenant de 149,176 individus. Aussi M. Lanyer porte-t-il la recette pour les voyageurs à 777,275 fr., tandis que je ne l'ai fait entrer comme élément dans mon calcul que pour 621,275 fr.

J'ai porté, dans ce même calcul, les marchandises par tonne et par kilomètre à 12 c. de produit, afin de me tenir au-dessous de la réalité ; M. Lanyer les compte à raison de 15 c., et il obtient un total de 757,560 fr. au lieu de 606,000 fr. que j'ai portés en ligne de compte Aussi M. Lanyer, qui ne compte que ces deux objets seulement, arrive-t-il à un produit brut total de 1,534,835 fr. J'ai porté ce produit, ainsi qu'on l'a vu, à 1,729,000 et quelques cents francs, soit environ 200,000 fr. de plus que M. Lanyer.

Les raisons de cette différence sont : 1° que M. Lanyer ne fait aucunement entrer en ligne de compte le transport des bestiaux, que j'ai compté, et que le produit de la locomotion des 457,000 têtes de bétail ne figure pas dans son calcul ; 2° qu'il suppose que la dépense d'exploitation sera d'environ 60 pour 100 du pro-

Telle était la base des calculs approximatifs qu'on pouvait faire sur les concessions par le système mixte de 1842, et des produits qu'en attendait la spéculation. Aussi la mise en adjudication des chemins de fer d'Orléans à Bordeaux, et d'Orléans au bec d'Allier et à Châteauroux, ayant été annoncée pour la fin de 1844, les capitaux industriels accoururent en abondance, se groupèrent, se coalisèrent, et s'apprêtèrent à user de tous les avantages que leur offrait l'imperfection de la législation relative aux adjudications des grands travaux publics. Le chemin d'Orléans à Bordeaux fut adjugé après concurrence sérieuse de deux compagnies, moyennant une réduction de 13 ans 103 jours sur le maximum de durée fixé par la loi, qui était de 41 ans et 16 jours. Pour celui du centre, deux compagnies avaient été admises à concourir par le gouvernement, mais au moment de l'adjudication une seule se présenta par suite, dit-on, d'une fusion opérée avec sa rivale; et le chemin fut adjugé sans concurrence moyennant l'insignifiante réduction d'un mois sur le maximum de la durée, qui avait été fixé par la loi à 40 ans.

C'est en ce moment qu'éclata surtout un spectacle scandaleux et déplorable : alors on vit les actions des chemins adjugés, dépassant le pair à leur émission, se vendre avec des primes d'un quart, d'un tiers, presque de moitié de leur valeur nominale. Sans doute il faut faire dans ces hausses si considérables et si rapides, la part de l'agiotage; mais il n'en devint pas moins évident et prouvé, pour tout homme de bonne foi, que l'État avait fait ici de mauvaises affaires, qu'il était tombé dans le piége, et que le crédit industriel l'avait traité de Turc à More.

duit, ou 920,000 fr., tandis que je ne la porte qu'à 814,000. On sait en effet maintenant que cette dépense ne peut dépasser 45 pour 100. Et cependant il en résulte pour lui cette conclusion, que le produit net pour la compagnie serait encore de 7,799 fr. par kilomètre.

L'expérience a démontré, du reste, combien les calculs faits en 1842 étaient rronés sous tous les rapports, puisque les compagnies sont chargées maintenant de toutes les dépenses, et qu'il est certain qu'elles feront encore de beaux bénéfices. Mais on voit par cet exemple combien ont pu être imparfaits, dans plus d'une circonstance, les éléments de l'appréciation des produits par le législateur.

§ VII. — 1845.

Les faits étaient frappants, l'expérience consommée. Aussi, au commencement de 1845, on vit se produire aux deux points opposés de la société, un mouvement qui n'eut son analogue qu'aux mauvais jours des folies suscitées jadis par le système de Law, et plus récemment par la commandite.

C'était, d'une part, l'agiotage appelant à grand renfort de grosse caisse, d'annonces et de bruit, les capitaux petits et grands à la curée des chemins de fer, puis accourant de toutes parts les aventureux, les avides, et cette foule ignorante qui paye ses épargnes par assez de temps et de peines, pour qu'on lui pardonne de se laisser enflammer et étourdir à l'espoir de les doubler en un instant. Il y avait aussi au milieu de cette avalanche bon nombre d'hommes honnêtes, d'actionnaires sérieux, qui croyaient placer convenablement leur argent tout en faisant une chose utile à l'État.

Du côté opposé s'unissaient d'intention, sous l'influence d'une commune alarme, une foule d'hommes appartenant à tous les partis, occupés avant tout des intérêts publics, et qui voyaient avec une amère douleur la société troublée jusque dans ses profondeurs, atteinte dans sa moralité par cette surexcitation imprimée tout à coup à l'avidité, au désir immodéré de faire fortune sans travail, surexcitation dont l'effet certain devait être de mettre dans les mains des croupiers de bourse, et d'exposer ainsi à toutes les chances du jeu, les épargnes d'une foule de familles et une partie des capitaux classés dans le travail et l'industrie qu'ils servent à féconder. Ces hommes reconnurent qu'il était urgent d'opposer une digue au torrent, de paralyser l'abus de ces appels faits trop souvent par des gens sans responsabilité à la bourse du public au moyen de promesses fastueuses, de mettre enfin, suivant les paroles graves et récentes du conseil général de la Seine, « un frein à la formation incessante de ces com-
» pagnies, qui sans espoir fondé d'arriver à une adjudication,
» sans études préparatoires, sans moyens d'exécution, se for-
» ment dans un but d'agiotage illimité sur les promesses d'ac-

» tions, ou dans l'intention arrêtée d'avance d'une fusion réali- » sable à prix d'argent. » L'expression de ces craintes et la formule destinée à conjurer légalement les maux qu'on redoutait, vinrent se résumer dans une proposition portée par M. le comte Daru, devant celui des grands pouvoirs de l'État que l'esprit de la constitution investit d'une haute tutelle de modération et de conservation des intérêts publics. Aux termes de cette proposition il devait être défendu, sous les peines portées par l'article 419 du Code pénal, d'émettre et de négocier des actions sur des chemins de fer non encore décrétés par une loi, ou non encore adjugés ou concédés. Mais la proposition largement amendée par la commission que nomma la chambre des pairs fut rejetée après de longs débats, principalement parce qu'on craignit de porter une trop forte atteinte à l'esprit d'association des capitaux (V. *Moniteur* des 14, 16 février, 21 mars 1845) qui cette fois pourtant ne paraissait pas près de s'éteindre. Au reste un projet de loi présenté par le gouvernement pour l'adjudication du chemin de fer du Nord, contenait sur les adjudications de chemins de fer et sur les mesures de surveillance auxquelles on voulait astreindre les compagnies, des dispositions générales dont nous allons parler et qui satisfirent alors la chambre des pairs.

Le grand mouvement produit dans le crédit industriel par les adjudications de 1844, la hausse considérable des actions des compagnies, l'espèce d'engouement et de passion qui précipitait de toutes parts les capitaux vers les entreprises annoncées, avaient deux conséquences également puissantes. Ces résultats montraient : d'une part, que la loi de 1842 faisait la part trop belle au crédit industriel, grevait à son profit l'État et le public d'un impôt abusif pour un grand nombre d'années; d'autre part, que ce crédit était maintenant à la fois assez puissant et assez excité pour qu'il fût possible de mettre à sa charge, à des conditions raisonnables la dépense tout entière des lignes qui restaient à concéder. C'était désormais vers ce but qu'il fallait tendre, puisqu'on persistait à livrer les chemins de fer à l'industrie; c'est aussi dans cette voie que la législation fut engagée pendant la dernière phase dont nous avons à nous occuper.

La session de 1845 devait fixer le sort des lignes de Paris à la

frontière de Belgique, de Paris à Lyon et à Avignon, de Paris à Strasbourg, de Tours à Nantes, et de quelques autres lignes moins importantes.

Il n'était plus possible de songer à la loi de 1842 expirant sous les coups de la discussion publique, de l'expérience, étouffée sous le monceau d'or qu'elle avait livré à la spéculation. On vit en conséquence le gouvernement venir proposer aux chambres un nouveau changement fondamental de système (c'était le cinquième depuis 1833); malheureuse incertitude dont il ne faut pas le rendre seul responsable, puisque les votes des chambres l'avaient détourné des véritables principes, mais qui révélait assez dans quel dangereux labyrinthe l'État s'était engagé le jour où il avait abaissé sa puissance et son crédit devant les promesses et les vaines menaces des capitalistes et des gens d'affaires!

Le premier projet que présenta le ministère, fut celui relatif à la ligne du Nord (de Paris à la frontière de Belgique). En exposant les motifs de la loi devant la chambre des pairs, le ministre des travaux publics, après avoir retracé les vissicitudes de la législation, ajoutait : « Le système de la loi de 1842, qui répartissait » d'une manière équitable les charges de la grande opération dont » le pays attend impatiemment les importants résultats, a subi à » son tour, en partie au moins, le sort de ceux qui l'ont précédé ; » le succès inespéré des deux grandes voies ouvertes de Paris à » Orléans et à Rouen a *ranimé le courage* des capitalistes, et » nous avons reçu des offres qui doivent procurer au trésor des » économies considérables, soit en le déchargeant des dépenses » que la loi de 1842 portait à son compte, soit en faisant ren- » trer dans ses caisses celles qu'il a pu faire déjà pour quelques » chemins. Le but de la loi du 11 juin 1842 avait été évidem- » ment de venir au secours de l'industrie privée, là où l'on pen- » sait que cette industrie ne pouvait pas supporter toutes les » charges de l'entreprise ; mais dans tous les cas où une *appré-* » *ciation nouvelle* des frais et des profits démontre qu'ils peuvent » se compenser avec avantage pour la spéculation, il est naturel, » il est juste, il est logique de ne point appliquer la loi de 1842 » et de laisser à la spéculation particulière le soin de réaliser » l'entreprise. C'est, messieurs les pairs, ce que nous venons

» vous proposer pour les chemins compris dans le projet de loi (chambre des pairs, séance du 30 mai 1845). »

Tel fut l'ordre d'idées dans lequel furent conçues et votées les lois des 15 juillet 1845, pour les lignes du Nord; 16 juillet, pour la ligne de Paris à Lyon et de Lyon à Avignon; 19 juillet, pour les lignes de Tours à Nantes et de Paris à Strasbourg, avec embranchement sur Metz et la frontière de Prusse, vers Saarbruck.

Les dispositions de la loi relatives aux lignes du Nord sont complexes; elles comprennent : 1° le chemin de Paris à la frontière avec embranchement de Lille sur Calais et Dunkerque; 2° le chemin de Creil à Saint-Quentin; 3° le chemin de Fampoux à Hazebrouck. La loi contient des dispositions spéciales et un cahier des charges pour chacun de ces chemins.

En ce qui concerne la première ligne il y a des conditions particulières, soit pour le trajet de Paris à la frontière, soit pour les embranchements sur Calais et Dunkerque. Le gouvernement s'engage à terminer tous les travaux de la ligne de Paris à la frontière belge. Mais la compagnie s'engage en même temps à rembourser à l'État sur les comptes arrêtés par le ministre des travaux publics *le montant des dépenses.* Les subventions votées par les villes seront versées au trésor après l'homologation; le montant en sera déduit du compte définitif des travaux, et ne sera pas compris dans les sommes à rembourser par la compagnie. Les remboursements s'opéreront ainsi : 9 millions seront payés par la compagnie dans la quinzaine de l'homologation, et 11 millions prélevés sur le cautionnement, le reste payable par cinquième, d'année en année, avec intérêt à 3 pour 100. La compagnie s'engage à exécuter à ses frais le chemin de Lille sur Calais et sur Dunkerque. Durée de la concession pour la ligne principale et pour les embranchementes, 41 ans.

Les chemins de Creil à Saint-Quentin et de Fampoux à Hazebrouck doivent aussi être exécutés entièrement aux frais de la compagnie qui en restera adjudicataire, moyennant un maximum de 75 ans de concession.

Sur la ligne de Paris à Avignon la compagnie devra exécuter tous les travaux à ses frais, risques et périls, excepté la section de Dijon à Châlons, qui sera achevée par l'État, sauf rembourse-

ment sur la compagnie. Concession, maximum de 45 ans pour le chemin de Paris à Lyon, et de 50 ans pour le chemin de Lyon à Avignon avec embranchement sur Grenoble.

Sur ces trois lignes le tarif est le même que celui des chemins adjugés en 1844, et la clause de rachat au profit de l'État après 15 années, est stipulée conformément aux bases adoptées pour ces chemins. Si l'État n'use pas de la clause de rachat, il sera seulement tenu, à l'expiration de la concession, si la compagnie le requiert, d'acquérir sur estimation d'experts le matériel d'exploitation.

La loi du 19 juillet, spéciale au chemin de Tours à Nantes, est basée sur une combinaison analogue à celle qui précède, mais différente dans ses éléments. Ainsi l'État doit livrer à la compagnie les terrains, terrassements et ouvrages d'art; de son côté la compagnie s'engage à rembourser à l'État, sur le compte dressé par le ministre des travaux publics, le prix des terrains et des bâtiments acquis ou à acquérir pour l'établissement du chemin de fer; à fournir et à poser à ses frais la voie de fer et tous ses accessoires, en contribuant à la dépense du ballast, à fournir le matériel d'exploitation, enfin à établir les clôtures nécessaires pour séparer le chemin de fer des propriétés riveraines.

Il résulte de là que les travaux d'art et les terrassements restent à la charge de l'État.

Il est stipulé d'un autre côté que non-seulement la voie de fer, rails, etc., mais encore le matériel d'exploitation, deviendront à l'instant même immeubles par destination, et ne pourront plus être aliénés par la compagnie. Mais si l'État ne rachète pas la concession, il sera tenu, à l'expiration, de rembourser la valeur du matériel d'exploitation à dire d'expert. Enfin, après cinq années d'exploitation, si le produit net du chemin excède 8 pour 100 du capital dépensé par la compagnie, la moitié du surplus sera attribuée à l'État à titre de prix de ferme. Le maximum de la durée de la concession est de 35 ans. Le tarif et la clause de rachat comme pour les chemins de 1844.

La loi de concession du chemin de Paris à Strasbourg, dont il nous reste à parler, est l'application pure et simple du système de 1842 pour la ligne principale. Relativement à l'embranche-

ment sur Metz et sur la frontière de Prusse, ce sont les mêmes conditions que celles relatives au chemin de Paris à la frontière belge, avec cette différence que tous les travaux devront être exécutés par la compagnie, au lieu d'être exécutés par l'État puis remboursés à ce dernier. Le maximum de la concession pour les deux chemins réunis est de 45 ans.

La législation qui précède offre en principe un grand avantage pour l'État sur la loi de 1842. Elle présente en effet, ainsi qu'on peut s'en apercevoir, cette différence capitale que l'État, en échange d'une concession dont la durée n'est pas plus longue que celle des chemins adjugés en 1844, et moyennant des tarifs qui ne sont pas plus élevés, s'affranchit (sauf pour la ligne de Strasbourg et pour celle de Tours à Nantes) de la dépense des travaux d'art et des terrassements, de celle des terrains et même de toute espèce d'avance de fonds sur certains embranchements.

Pour apprécier si l'État a pu faire encore ici un bon marché et pas er un contrat vraiment utile au pays, il faut néanmoins en revenir toujours à se demander quel est le rapport des produits qu'il a aliénés avec la dépense mise à la charge des compagnies.

A cet égard les controverses ont été vives soit dans les chambres, soit hors des chambres. Pour la ligne du Nord, qui est évidemment la plus riche, le gouvernement proposait un maximum de durée de concession de 45 ans. La commission de la chambre des députés le réduisit à 33 ans. Enfin MM. Garnier-Pagès et Luneau émirent un amendement dans le but de le réduire à 25 ans. Voici, selon un journal qui a acquis une véritable autorité sur cette matière (*le National*, mai 1845), quel était le calcul qui servait à démontrer l'exactitude de l'amendement :

« Le gouvernement, disait ce journal, affirme que la compagnie dépensera 150 millions ; la commission dit 146 ; nous croyons, nous, que ce dernier chiffre est encore trop élevé, et voici pourquoi. L'expérience démontre que chaque kilomètre de chemin de fer coûte en moyenne 300,000 fr., savoir :

Pour les terrassements, travaux d'art, stations, etc.	150,000 fr.
Pour les rails (double voie).	100,000
Pour le matériel.	50,000
Total égal.	300,000 fr.

» Or des comptes fournis par l'administration il résulte que, pour le chemin du Nord, les travaux d'art, terrassements, etc., ne coûteront pas en moyenne 150,000 fr.; le kilomètre ne coûtera donc pas 300,000 fr. Et cependant le capital de 146 millions accepté par la commission, fait ressortir en moyenne à 302,000 fr. le coût de chaque kilomètre. Nous pouvons donc affirmer sans témérité que le chiffre de 146 millions accepté par la commission est trop élevé [1]. »

Le journal que nous citons entre ensuite dans le détail d'autres calculs au milieu desquels nous ne le suivrons pas. Puis il constate que la commission accuse un revenu brut de 31,614,154 fr. et un revenu net de 12 millions; ce qui, pour un capital de 150 millions, donnerait un dividende de 8 pour 100, et pour 146 millions plus de 8 [2].

Mais il fait remarquer que la commission part de cette donnée que les frais d'exploitation s'élèveraient à 45 pour 100 du produit brut. Or rien n'est moins prouvé, et au contraire il est démontré par l'expérience que, sur les chemins anglais, les frais ne s'é-

[1] Dans un ouvrage récemment publié, M. Legoyt, sous-chef du bureau de statistique au ministère de l'intérieur, établit ainsi qu'il suit le prix du kilomètre de chemin de fer déduit de l'expérience fournie par les chemins de Rouen, d'Orléans et de Nîmes :

Indemnités pour les terrains.	40,000 fr.
Terrassement.	41,500
Ouvrages d'art.	31,000
Double voie, y compris le ballast et les voies de service des gares. .	104,100
Ateliers et dépôts de machines.	9,000
Capital dépensé pour les locomotives.	23,000
Total.	248,700 fr.
Pour avoir, ajoute l'ouvrage que nous citons, le prix total du kilomètre, il faudrait ajouter pour frais d'administration et de personnel, gares, barrières et wagons, suivant ce qui a été dépensé au chemin de fer d'Orléans pour ces objets.	59,000
Prix total pour un kilomètre.	307,700 fr.

Nous remarquerons que cette évaluation de M. Legoyt comprend dans les 59,000 fr. comptés pour frais d'administration, certains éléments qui doivent figurer dans les frais d'exploitation, tels que les frais d'administration, et que dès lors le prix de revient de chaque kilomètre, c'est-à-dire la mise de fonds en capital ne doit pas s'élever même à 300,000 fr., et doit se trouver ainsi en réalité au-dessous du chiffre accepté par *le National*. Au reste, nous regardons les chiffres de M. Legoyt comme trop élevés dans l'état actuel des choses.

[2] M. Legoyt, p. 215, admet ce chiffre du produit de 8 pour 100.

lèvent en moyenne qu'à 35 pour 100, sur le chemin de Rouen 36 pour 100, sur le chemin d'Orléans 38 pour 100, dernier chiffre qui sert de base aux opérations identiques du gouvernement et de la commission. Cela étant, le revenu net du chemin du Nord ne serait plus, d'après les données de la commission elle-même, 12 millions, mais bien 13,512,790 fr., soit pour un capital de 150 millions un intérêt de plus de 9 pour 100. Par suite la compagnie du Nord, après avoir prélevé un intérêt de 4 pour 100, pourrait consacrer à l'amortissement de son capital une annuité de plus de 5 pour 100, et elle amortirait ce capital en moins de quinze ans.

Des calculs analogues furent faits sur les produits à espérer des chemins de Paris à Avignon, de Tours à Nantes, de Paris à Strasbourg. M. Legoyt, que nous avons déjà cité, évalue le revenu industriel du chemin de Paris à Lyon et à Avignon à 7,79 pour 100; celui du chemin de Tours à Nantes à 7,3 pour 100; celui du chemin de Paris à Strasbourg à 7 pour 100 [1].

Ces données, pour ne pas être peut-être d'une exactitude rigoureuse dans cette matière, où la certitude ne peut résulter que de l'expérience réalisée sur chaque ligne, approchent cependant de la vérité, cela est indubitable. Il est même assuré par les hommes compétents, que les chiffres de M. Legoyt pour les chemins de Lyon et d'Avignon, de Nantes et de Strasbourg sont trop bas de 1 ou 2 pour 100. La spéculation n'a pas ignoré tout cela.

Aussi nous venons d'assister, à la fin de 1845, à un spectacle analogue à celui qu'ont présenté la fin de 1844 et les commencements de 1845. Nous avons vu une seconde fois les capitaux appelés à grand bruit, les spéculateurs possesseurs ou non de capitaux suffisants se précipiter avec une sorte de furie aveugle sur les promesses d'actions, d'innombrables compagnies en formation, dont la plupart n'avaient d'autre but que l'agiotage et la fusion à prix d'argent avec quelque autre compagnie plus solidement établie; nous avons vu les capitaux, engagés en masses énormes dans ce jeu déplorable, faire défaut de toutes parts à l'agricul-

[1] Les actions du chemin de Tours à Nantes étaient cotées à la Bourse, le 9 janvier 1846, à 575 fr.; celles de Strasbourg, 550.

ture, à l'industrie, aux travaux de reproduction; le trouble jeté dans les transactions; la passion d'acquérir vite sans travailler poussée jusqu'au délire; la morale offensée dans ce qu'elle a de plus sacré, c'est-à-dire dans le respect dû au travail; les classes laborieuses, qu'enrichit l'épargne et la privation, découragées à la vue de fortunes considérables scandaleusement acquises ou perdues en quelques jours; la ruine semée dans une foule de familles au profit d'agioteurs anglais ou étrangers qui ont emporté, sous la forme de primes réalisées, les plus purs produits du travail français; enfin la banqueroute marquant ses victimes jusque dans les sanctuaires du palais de la Bourse.

Mais en même temps que nous assistions à ce spectacle de l'action des compagnies sur les particuliers et sur le public, celles-ci n'ont pas tardé à nous faire assister à un spectacle non moins instructif, celui de leur effort suprême contre l'intérêt collectif représenté par l'État.

Pour le chemin du Nord, cinq compagnies se formèrent dans l'attente de l'adjudication : c'étaient la compagnie Rothschild, la compagnie Laffitte et Blount, la compagnie Hottinguer, la compagnie Rosamel, la compagnie Pepin-Lehalleur. Tant que la chambre des députés discuta le projet de loi relatif à ce chemin, il ne fut pas question de fusion entre ces compagnies; il fallait que la chambre crût à la possibilité d'une concurrence sérieuse et fût convaincue qu'il n'y avait pas beaucoup d'inconvénients à laisser passer un maximum de concession plus ou moins élevé, qui devrait nécessairement être considérablement réduit dans la lutte de l'adjudication. Mais dès que la loi fut promulguée, les choses changèrent bien de face. C'est le 15 juillet que cette promulgation eut lieu, et suivant ce qui a été affirmé par le bruit public, dès le 18 le traité de fusion était signé entre les compagnies Rothschild, Ch. Laffitte et Hottinguer. Restaient les deux compagnies Rosamel et Pepin-Lehalleur, contre lesquelles une négociation fut immédiatement ouverte. Cette négociation ne tarda pas à réussir, et au bout de quelques jours toutes les compagnies qui s'étaient formées dans le but de soumissionner le chemin du Nord eurent successivement capitulé sous l'influence représentée par M. de Rothschild. Aussitôt après cette fusion, les

promesses d'actions de la compagnie Rothschild se vendirent à la Bourse avec une prime de 350 fr. par action.

Sur ces entrefaites, une nouvelle compagnie s'étant formée sous le nom de MM. Decan et Lebœuf, elle ne tarda pas à être absorbée elle-même dans la fusion, moyennant, a-t-on dit, une part d'actions de 20 millions.

C'est dans ces circonstances que fut fermé, le 26 août 1845, le concours pour l'adjudication du chemin de fer du Nord. Une seule compagnie avait régularisé sa position par le dépôt de ses registres à souche, de ses actes de société, des états de versement de ses actionnaires et de son cautionnement : c'était la compagnie Rothschild. Le 9 septembre cette compagnie se présenta donc seule à l'adjudication, et elle fut déclarée adjudicataire du chemin de fer de Paris à la frontière de Belgique et au littoral de la Manche, moyennant une réduction de 3 ans sur le maximum de 41 ans fixé par la loi, c'est-à-dire moyennant une concession de 38 ans.

Dans la même séance fut adjugé l'embranchement de Fampoux à Hazebrouck. Deux compagnies se présentaient, la compagnie Rothschild et la compagnie O'Neil. Le maximum fixé par la loi était 75 *ans*. La soumission Rothschild n'ayant accordé qu'un rabais de 37 ans, et la compagnie O'Neil un rabais de 37 ans et 49 jours, cette dernière fut déclarée adjudicataire moyennant une concession de 38 *ans* 316 *jours*. Ces deux adjudications ont été homologuées par ordonnances royales.

Depuis ce moment jusqu'au 1er décembre dernier, le prix des actions des deux compagnies adjudicataires a varié : pour le Nord, entre 845, 800, 780, 770, 735, 755, 675 fr. ; pour Fampoux, entre 537-50, 520, 505, 490, 470 fr., en partant du cours le plus élevé et en prenant ensuite le cours le plus bas, suivant le bulletin de la bourse de Paris [1].

Pour le chemin de Paris à Strasbourg, onze compagnies et plus peut-être se sont montrées; voici les noms de celles qui ont été remarquées : Hainguerlot, Gentil et Fol, Ganneron, Bechet, Doudeauville, Caumont-Laforce, d'Anthouard, Galliera et Cubières

[1] Ces cours se sont relevés en décembre et en janvier 1846. Le 5 décembre, ils étaient pour le Nord à 710 fr., pour Fampoux à 480, et le 9 janvier 1846, à 757 fr. pour le Nord, et à 500 pour Fampoux.

de plus M. de Rothschild sans compagnie. A l'exemple de ce qui était arrivé pour la ligne du Nord, ces compagnies n'ont pas tardé à signer un traité de fusion, et elles se sont réparti entre elles les 250,000 actions nécessaires pour l'exécution de l'entreprise. En conséquence une seule a été admise à l'adjudication, qui a eu lieu le mardi 26 novembre 1845, au ministère des travaux publics; c'est la compagnie Galliera, laquelle a été déclarée adjudicataire moyennant un rabais de 1 an 79 jours sur le maximum de 45 ans fixé par la loi.

Cinq compagnies se sont fusionnées dans le but d'obtenir l'adjudication du chemin de Tours à Nantes; ce sont les compagnies Mackensie, Carette et Minguet, O'Neil, Drouillard et Raigecourt. Une autre compagnie, celle dite des maîtres de poste, a paru ostensiblement se tenir en dehors de cette fusion; mais il est difficile de croire qu'elle n'y ait pas participé, car elle n'a proposé aucun rabais, bien qu'elle se soit présentée à l'adjudication du 26 novembre. Cette adjudication s'agitait entre la compagnie susdite et la compagnie Mackensie, Drouillard, etc. Cette dernière ayant proposé un rabais de 350 jours sur le maximum de 35 ans fixé par la loi, a été déclarée adjudicataire moyennant une concession de 34 ans et 15 jours [1].

[1] Deux chemins ont été mis en adjudication depuis que ce travail a été écrit : ce sont le chemin de Paris à Lyon et celui de Creil à Saint-Quentin.

Pour le premier quinze compagnies, selon le *Journal des chemins de fer* du 22 novembre, étaient formées à cette dernière époque; elles se nommaient Charles Laffitte, l'Union, Calon jeune, Ganneron, Lapinsonnière, Sud-Est, Decan, Messageries royales, Ardouin-Verdeau, Chastellux, Entrepreneurs de roulage, Maîtres de poste, Receveurs généraux, Française, des Ingénieurs. On fit aussi figurer plus tard au nombre des aspirants MM. de Rothschild et Hottinguer.

Pour le second il y avait dix compagnies : Cordier, Carette et Minguet, Colbert, compagnie du Nord, amiral Arnous, Juchereau de Saint-Denis, Maîtres de poste, compagnie de Jonction, compagnie de l'Oise, compagnie Ardouin.

Dès le 6 décembre la fusion s'était opérée entre onze de ces compagnies pour le chemin de Lyon (*Journal des chemins de fer*, 6 décembre), et le 20 décembre une seule compagnie, sous le nom de MM. Baudrand, Charles Laffitte, Ganneron et Barillon, se présenta à l'adjudication, offrant, sur le maximum de durée de concession fixé par la loi à 45 ans, un rabais de 2 ans et 6 mois, ce qui laissait 42 ans 6 mois pour la durée de la concession.

Mais ce rabais s'étant trouvé inférieur au maximum fixé par le ministre dans son billet cacheté, lequel était 41 ans 90 jours, l'adjudication ne fut point tranchée. Cependant la compagnie soumissionnaire ayant proposé au gouvernement de prendre la concession aux conditions du billet cacheté, une ordonnance en date

Et pourquoi toutes ces coalitions, pourquoi toutes ces embûches tendues au représentant de l'intérêt public, à l'État? S'agissait-il de lutter malgré lui contre la production anglaise, de briser le réseau du Zollwerein, de vaincre la contrefaçon belge ou de réaliser l'union douanière? En aucune façon. Il s'agissait uniquement pour des citoyens français, mêlés d'Anglais, il faut le reconnaître, de se procurer en gros et à bon marché une marchandise vendue par le public français, afin de la revendre à ce même public aussi cher que possible. Et c'est là pourtant ce qu'on ne craint pas d'appeler de la bonne industrie, de l'industrie *nationale!*

Si on voulait juger la valeur des avantages concédés aux com-

du 21 décembre (dont la légalité est contestée) déclara la compagnie concessionnaire aux conditions acceptées par elle.

Quatre compagnies se disputaient le chemin de Creil à Saint-Quentin, qui fut adjugé le même jour. Voici quelles furent leurs soumissions :

Sur le maximum de jouissance de 75 ans fixé par la loi :

1° La compagnie Colbert offrit un rabais de 38 ans 15 jours, ce qui réduisait la jouissance à 36 ans 350 jours;

2° La compagnie du duc de Vicence, dans laquelle se trouvaient compris MM. Ardoin, Arnous et les maîtres de poste : rabais 25 ans 9 mois 15 jours;

3° La compagnie Carrette et Mainguet : rabais 26 ans 82 jours;

4° Enfin la compagnie Rothschild, Hottinguer et Ch. Laffitte, Blount et comp. : rabais 50 ans 30 jours, ce qui fixait la durée de la concession à 25 ans moins un mois.

Cet énorme rabais, qu'on a voulu expliquer par l'intérêt qu'avait la compagnie du Nord à se rendre maîtresse de l'embranchement de Creil à Saint-Quentin, mis en présence du résultat négatif qu'a produit la fusion des compagnies pour la ligne de Lyon, a fait éclater plus que jamais les conséquences de la lutte du crédit industriel contre l'intérêt public.

M. Dufaure évalue, dans son rapport, la dépense à faire par la compagnie concessionnaire du chemin de fer de Paris à Lyon à 350,000 fr. par kilomètre, et le produit brut à 50,462 fr. 97 c. aussi par kilomètre; l'on déduit, comme pour le chemin du Nord, 45 pour 100 pour les frais d'exploitation; reste produit net, 27,754 fr. par kilomètre, soit, comme pour le chemin du Nord, près de 8 pour 100 du capital dépensé. On ne saurait être surpris que le chemin de fer de Lyon obtienne un produit brut plus considérable que le chemin du Nord; car si la première section de Paris à Sens doit être moins productive que celle de Paris à Amiens, on doit reconnaître que la dernière, celle de Châlons à Lyon, sera, malgré la concurrence de la Saône, d'une exploitation beaucoup plus avantageuse que la prolongation du chemin de fer du Nord sur Calais et Dunkerque. (*Journal des chemins de fer* du 20 décembre 1845.)

Le journal *le National* du 6 juin 1845 a critiqué ces calculs, et il a soutenu qu'il résultait de sa démonstration la conséquence que d'après les statistiques mêmes des agents du gouvernement, statistiques recueillies et coordonnées avec soin, le produit serait au moins 10 pour 100.

Le produit du chemin de Creil à Saint-Quentin sera au moins de 6 pour 100, de l'aveu de tous ceux qui ont examiné la question.

Les actions du chemin de Lyon étaient cotées à la Bourse, le 9 janvier, à 635 fr.

pagnies dans les adjudications qui précèdent, par le cours des actions dont nous venons de donner un aperçu, peut-être pourrait-on prétendre, avec l'apparence de la raison, que ces avantages ne sont pas si considérables que nous voulons bien le dire, puisqu'en définitive les actions du Nord sont descendues de 845 fr. à 675, celles de Fampoux à Hazebrouck de 537 à 470 fr.

Mais nous répondrons à cette observation que nous n'attachons à ces cours qu'une force d'argumentation fort secondaire. En effet, le cours de 845 comme celui de 675 fr. pour le Nord, celui de 537 comme celui de 470 fr. pour Fampoux, etc., ne fixent certainement point la valeur réelle et définitive de l'action. Nous avons vu, du reste, qu'ils sont remontés progressivement depuis le 1er décembre. Il est bien possible d'y discerner la vérité approximative du produit, mais nullement la vérité absolue; car ces cours ont été et sont encore soumis à toutes les oscillations que peuvent faire naître les bouillonnements de l'agiotage et l'ébranlement causé aux capitaux. Ainsi, après l'adjudication du Nord, la masse des capitaux disponibles s'est précipitée sur les actions de ce chemin, dont on espérait de grands bénéfices, et dès lors tel autre chemin qui peut être d'un bon produit s'est vendu en baisse, parce que l'attention de la spéculation l'a abandonné et qu'il a été peu demandé. De même, lorsque la pénurie de capitaux dans l'industrie s'est fait sentir dernièrement et que les difficultés de liquidation se sont montrées, toutes les valeurs de chemins de fer ont subi une dépression marquée et un grand trouble, parce qu'on vendait de toutes parts sous l'influence du besoin d'argent, et non sous l'influence de la valeur réelle des actions.

Pour apprécier cette valeur en connaissance de cause, il faut aller au fond des choses, c'est-à-dire, en revenir aux éléments que la discussion des lois a fournis et à ceux qu'ont produits aussi les travaux des hommes pratiques et désintéressés. Or de ces éléments il résulte qu'en 1844, sur les principaux chemins en exploitation, le produit industriel a été celui-ci : de Saint-Étienne à Lyon, 9,34 pour 100; de Strasbourg à Bâle, 1,81; de Paris à Orléans, 8,74; de Paris à Rouen, 6,87 [1]. Il n'y a que le chemin

[1] Les actions du premier de ces chemins se vendaient à la Bourse, le 9 janvier, 1,265 fr.; celles du second, 1,027 fr.

de Strasbourg à Bâle, construit dans des conditions spécialement défavorables, qui ait donné un produit au-dessous de 5, soit 1,81 pour 100.

Il en résulte également que pour les chemins concédés en 1843, 1844 et 1845, et non encore en exploitation, le produit espéré est : pour le chemin d'Avignon à Marseille, de 10 pour 100 au moins; pour celui d'Orléans à Bordeaux, 10 pour 100; pour celui du Centre, 7,88; pour celui du Nord, 8 pour 100 au moins; pour celui de Tours à Nantes, 7,3 pour 100; pour celui de Paris à Strasbourg, 7 pour 100 [1]. Enfin ces chiffres ont pour origine les plus basses évaluations, et ont été posés indépendamment des éventualités d'augmentation de produit qui doivent être la conséquence de l'accroissement certain de la circulation, de la diminution et de la simplification successive des dépenses, résultats justifiés chaque jour par l'expérience, et qui confirment de plus en plus la vérité de l'axiome rapporté ci-dessus : *Recettes toujours croissantes, frais toujours décroissants sur les rail-ways.*

Or, dans un moment où le cours moyen de la rente 5 pour 100 est à 120 fr., c'est-à-dire où le taux d'intérêt de l'argent s'élève à peine à 4 pour 100; alors que le gouvernement pourrait en vertu d'une loi disposer des réserves de l'amortissement, qui ne fonctionne plus que sur une portion de la dette publique; alors qu'il dispose des capitaux des caisses d'épargne moyennant un intérêt de moins de 4 pour 100, est-il bien rationnel, est-il bien salutaire sous le rapport financier et administratif, d'aliéner au profit de l'industrie privée, le plus souvent pour une durée de plus d'un demi-siècle, un service public qui procurera à ses entrepreneurs un intérêt moyen de 7, 8, 10 pour 100, et beaucoup plus peut-être? En vérité, on ne peut s'empêcher de répondre par la négative. Il nous paraît prouvé par la discussion qui s'est établie à cet égard, que l'État aurait pu se procurer les capitaux nécessaires à l'exécution des chemins de fer plus facilement et à meilleur marché que les compagnies, et que s'il s'était réservé l'entreprise de ce service, il y aurait trouvé largement l'intérêt du capital qu'il aurait dépensé, les éléments de remboursement de ce

[1] Ces résultats sont extraits de l'ouvrage de M. Legoyt.

capital, et en outre l'avantage incalculable de pouvoir diminuer chaque jour progressivement pour le public le prix de la locomotion. Et ces avantages, qu'aurait réalisés l'État considéré comme le tuteur des intérês publics, n'auraient pas été sans compensation pour ses finances; car, répétons-le, les conséquences favorables de l'abaissement des tarifs de locomotion sont incalculables. Qui peut compter les effets de l'impulsion qu'en recevraient les échanges, la production, les industries, les transactions de toute nature, le progrès moral, en un mot tous les agents, quels qu'ils soient, de la richesse et de la civilisation? Qui peut calculer les produits que l'État recueillerait de ce grand mouvement par le seul effet de l'application ordinaire des impôts établis, tels que l'enregistrement, le timbre, l'impôt direct, les taxes indirectes de quelque espèce qu'elles soient? Ne sait-on pas les bienfaits et la richesse qu'ont répandus autour d'eux les chemins de Saint-Étienne à Lyon, ceux de la Loire, ceux du Gard, par suite de la facilité qu'ils ont créée pour le transport de la houille?

Il est donc certain que l'État recueillerait indirectement de grands produits si les tarifs de locomotion étaient ou considérablement abaissés ou réduits presque à zéro. D'un autre côté, quel immense progrès moral ne verrait-on pas s'accomplir dans le cas où tout à coup la locomotion, d'un bout à l'autre de la France, serait devenue presque gratuite sous la paternelle protection du gouvernement! Il y a là, soyons-en convaincus, la source d'une modification aussi profonde que salutaire dans le sort du pays tout entier. Et le gouvernement a seul la puissance d'opérer cette grande œuvre, de l'opérer avec profit pour lui-même et pour tous; car, ainsi qu'on l'a dit à la tribune nationale, son tarif à lui c'est l'infini. Il ne se fait pas un mouvement, pas une transaction, pas une consommation qui ne lui paye tribut. Le développement du pays, c'est sa richesse, c'est sa gloire, c'est sa durée. Tout ce qui devra produire, hâter ce développement, il devra donc le vouloir, l'accomplir s'il se peut.

Avec le régime des compagnies financières, que le tableau est différent et combien les brillants horizons s'éloignent et s'obscurcissent!

Ce sont d'abord l'appel fait au désir du gain sans travail, les

manœuvres, les avidités de l'agiotage, les hontes du jeu, une guerre captieuse, souvent déloyale, déclarée à l'intérêt public au moment de l'adjudication par les coalitions, par les fusions de compagnies, dans le but d'obtenir de longues concessions, puis la réalisation de gros bénéfices, et avec elle l'intolérance qui accompagne la possession productive, la défense quand même du *statu quo* dans les tarifs, la haine de tout changement, de toute innovation, la fiscalité prenant mille détours pour rançonner le voyageur, et traînant à sa suite les abus et les dangers. C'est l'immobilité imposée à la production, à l'industrie, à la richesse, au progrès moral, à l'association des choses, des races et des civilisations diverses, dans leurs rapports avec la locomotion, pendant un quart de siècle, un demi-siècle, un siècle même entier; c'est, en un mot, l'asservissement de la génération présente et peut-être de celle qui lui survivra, à un monopole établi sur une des manifestations de l'activité humaine les plus indispensables, les plus impérieuses, les plus fécondes dans leurs conséquences et dans leur but!

Voilà ce qu'a produit déjà en partie, ce que doit produire dans la suite le régime des compagnies financières.

§ VIII.

On a cherché, par les dispositions générales introduites dans la loi sur le chemin de fer du Nord du 15 juillet 1845, à prévenir une partie de ce mal; mais, qu'on le remarque bien, ces dispositions ne protégent en réalité que les petits capitalistes et les compagnies sérieuses et puissantes contre les tentatives des compagnies d'agiotage, des compagnies fusionnaires; elles défendent très-imparfaitement l'intérêt de l'État.

Que veulent en effet ces dispositions? Que les compagnies, pour être admises à concourir, outre le dépôt de leur cautionnement et de leurs statuts au ministère des travaux publics, remettent encore la liste de leurs actionnaires, et que toute stipulation par laquelle les fondateurs se seraient réservé la faculté de réduire le nombre des actions souscrites soit nulle et de nul effet.

Or ces dispositions empêchent bien que les fondateurs des

compagnies ne profitent seuls, au moyen de la réduction du nombre des actionnaires, des fusions qu'ils pourraient opérer après leur admission au concours; mais elles n'empêchent pas les compagnies non admises de pratiquer, suivant l'expression de l'agio, *le chantage* sur les compagnies admises. Elles n'empêchent pas non plus les compagnies admises de se fusionner du consentement de leurs actionnaires, sauf à ceux-ci à se partager, *au prorata* de leurs souscriptions individuelles, les actions définitivement classées dans la compagnie concessionnaire; elles n'empêchent pas enfin que la concurrence à l'adjudication ne devienne un leurre et un vain mot, au grand préjudice du public et de l'État.

Que veut encore la loi? Que les récépissés de souscription ne soient point négociables, que les compagnies adjudicataires ne puissent émettre de promesses d'actions avant d'être constituées en société anonymes, que les souscripteurs soient responsables du versement du montant de leurs actions jusqu'à concurrence des cinq dixièmes, qu'ils aient droit d'exiger tous leurs titres de la compagnie adjudicataire, que les fondateurs ne puissent point se faire attribuer d'actions industrielles, que le cours des actions ne puisse être publié avant l'homologation de l'adjudication. Tout cela est bon sans doute, tout cela a pour but de protéger les intérêts des actionnaires sérieux, d'atteindre et de paralyser l'agiotage; mais malheureusement tout cela n'est pour ainsi dire qu'une lettre morte, impuissante contre les mille déguisements, contre les inextricables subtilités de l'agiotage, et d'un autre côté, répétons-le, tout cela n'empêche pas les coalitions de capitaux, les fusions patentes ou dissimulées de compagnies, dans le but définitif de rançonner le public et l'État.

Le remède au mal dont le public et l'État sont les victimes dans cette grande affaire des chemins de fer, n'a donc point été trouvé par la législation spéciale de 1845. Serait-il possible de le rencontrer autre part dans les dispositions générales de la législation? Difficilement, nous le croyons.

Les coalitions de compagnies peuvent exister dans deux circonstances différentes, ou entre des compagnies qui viennent se fondre dans une d'entre elles chargée de se présenter seule à

l'examen de la commission ministérielle pour être admise à concourir à l'adjudication; ou entre des compagnies admises les unes et les autres à l'adjudication.

Au premier cas appliquera-t-on l'article 419 du Code pénal qui porte : « Tous ceux qui....., par réunion ou coalition entre les principaux détenteurs d'une même marchandise tendant..... à ne la vendre qu'un certain prix, auront opéré la hausse ou la baisse du prix des marchandises....., seront punis d'un emprisonnement d'un mois au moins, d'un an au plus, et d'une amende de 500 francs à 10,000 francs. » Dira-t-on que ces compagnies en se coalisant opèrent la hausse du prix de la marchandise *capitaux*, dans le but de ne la vendre qu'à un certain prix au gouvernement, et commettent un délit punissable?

La question serait difficile sous le point de vue du droit pénal, et elle le serait encore plus sous celui qui lui est bien supérieur, de la bonne économie politique et administrative.

En droit, on objecterait que le Code ne punit pas l'intention, mais le fait d'avoir opéré la hausse; que le fait est éloigné et n'a point de matérialité tant que les compagnies n'ont pas été admises à concourir, c'est-à-dire mises dans le cas de faire une vente à l'État; que les compagnies en formation ou formées, qui se fusionnent avant d'avoir été admises au concours d'adjudication, ne font pas par là un acte de *coalition*, mais un acte de *réunion* de capitaux pour une entreprise, que par suite cet acte est tout à fait licite, *surtout s'il est démontré qu'aucune des compagnies, prise séparément, n'aurait réuni un capital suffisant pour soumissionner;* que, dans ce cas, le capital de chacune d'elles ne doit être considéré que comme une sorte d'unité apportée à une agglomération commerciale de capitaux, et qui est relativement de même nature que les unités représentées par les actions dans chaque compagnie; qu'ainsi l'hypothèse posée dans l'article 419 du Code pénal n'est pas réalisée, et que par suite cet article n'est pas applicable.

D'un autre côté, sous le rapport de l'économie politique et administrative, on ferait remarquer que le système de l'appel au crédit industriel pour l'exécution des chemins de fer étant *un fait accompli*, il y aurait une suprême imprudence à semer la défa-

veur et la déconsidération sur les efforts tentés pour réunir les grands capitaux nécessaires aux compagnies financières, qu'il ne faut point se faire illusion sur la puissance du crédit industriel, qu'il a besoin ici de toutes ses forces et ne peut parvenir à se procurer des capitaux suffisants, qu'en créant pour chaque grande entreprise plusieurs centres de réunion d'actionnaires, sauf à grouper ensuite dans une seule compagnie tous les capitaux et tous les actionnaires sérieux.

Ces raisons évidemment sont puissantes, mais uniquement en admettant deux choses qui nous paraissent également fâcheuses : d'abord comme principe administratif, l'excellence du système de concession des chemins de fer au crédit industriel, et en même temps comme fait certain et accepté, l'impuissance relative de ce crédit.

Si, au contraire, il était démontré que plusieurs grandes compagnies formées dans le but avoué de soumissionner une entreprise de chemin de fer, possèdent chacune bien véritablement et tiennent en disponibilité un capital suffisant ou à peu près pour réaliser l'entreprise, et que ces compagnies se sont réunies dans le but certain d'éviter toute concurrence à l'adjudication, but manifesté surtout par la stipulation faite entre elles de se partager les résultats avantageux de cette adjudication, alors l'article 419 du Code pénal trouverait évidemment son application. Si les présomptions de cette coalition étaient suffisamment établies, il serait, à notre avis, du devoir de l'administration de repousser la compagnie coalitioniste du concours; dans le cas où la coalition n'aurait eu lieu qu'après l'admission au concours ou au moment de l'adjudication, d'ajourner l'adjudication; et dans celui où les présomptions n'éclateraient qu'après l'adjudication, ou d'en refuser l'homologation ou de l'annuler; sauf le droit pour l'administration de provoquer, dans tous les cas que nous venons d'examiner, des poursuites judiciaires contre les auteurs de la coalition.

La plupart des hypothèses posées ici se sont-elles réalisées dans ces derniers temps, et des poursuites auraient-elles pu être valablement ordonnées? C'est là une question que je ne déciderai pas et dont j'abandonne la décision à la conscience du public,

à celle de l'administration et à celle du ministère public.

Abordons maintenant le second cas de coalition, celui où des compagnies également agréées par l'administration pour concourir s'entendent entre elles, et stipulent, moyennant un partage de bénéfices, qu'elles ne se feront point concurrence, à la charge par celles qui consentent à s'effacer dans la fusion, de s'abstenir de paraître à l'adjudication ou de ne proposer que des rabais insignifiants sur les conditions de la concession.

Si l'on en croit le bruit public, l'un et l'autre fait se serait déjà réalisé.

Ici ce n'est plus à l'article 419, mais bien à l'article 412 du Code pénal qu'il faut demander une réponse. Aux termes de cet article : « Seront punis d'un emprisonnement de quinze jours au moins, de trois mois au plus, et d'une amende de 100 fr. au moins et de 5,000 fr. au plus..... ceux qui, dans les adjudications faites aux enchères, auront par dons ou promesses écarté les enchérisseurs. » Or, lorsque deux compagnies admises administrativement à concourir à une adjudication de chemin de fer s'entendent, et qu'une ou plusieurs d'entre elles se retirent, ou ne font que des soumissions illusoires moyennant une quote-part dans les avantages qui reviendront à la compagnie adjudicataire par suite de cet arrangement, n'est-il pas évident que cette dernière compagnie a porté atteinte à la sincérité des enchères en écartant les enchérisseurs ou en rendant leur présence vaine par dons ou promesses? Du moment où ce fait est certain, il n'y a plus de doute sur l'applicabilité de l'article 412; cela est trop évident.

Mais on est allé plus loin; et dans l'hypothèse même où aucune collusion ne serait imputable, on s'est demandé si une fois leur admission au concours prononcée, les compagnies admises doivent avoir la libre faculté de ne point se présenter à l'adjudication, et si l'absence imprévue de quelques-unes d'entre elles ne devrait point vicier administrativement l'adjudication et en empêcher l'homologation?

Il est certain que, lorsqu'une compagnie sérieusement constituée a été admise à concourir par le ministre des travaux publics, il en résulte pour elle une sorte d'obligation morale de se

présenter à l'adjudication, ou d'avertir en temps utile le gouvernement de son intention de se retirer. En effet, c'est à raison de l'appréciation qu'il fait de la concurrence espérée entre les compagnies admises à soumissionner, que le gouvernement est conduit à opérer ou à ne pas opérer l'adjudication, à l'ajourner à un temps plus ou moins éloigné ou à la fixer pour une époque rapprochée; et c'est sur la foi de l'espèce de promesse de soumission implicitement consentie par ces compagnies, qu'il prend ses déterminations à cet égard. Sans doute il ne résulte pas de là un lien de droit contre les compagnies au profit de l'État, car celles-ci n'ont pas pris l'engagement formel de soumissionner; mais cela fortifie le pouvoir appartenant à l'administration dans l'intérêt public, soit de refuser de trancher une adjudication où la concurrence n'aura pas été suffisante par suite de l'absence de quelques-uns des concurrents, soit de refuser l'homologation de cette adjudication même après l'avoir tranchée. Cette conduite est dictée à l'administration par l'esprit de la loi. Lorsque celle-ci a imposé à ceux qui veulent concourir à l'adjudication des grands travaux publics, l'obligation de se faire agréer préalablement par le pouvoir administratif, elle a agi en vue de produire la concurrence sérieuse et efficace, en cherchant uniquement à débarrasser le terrain où celle-ci doit s'exercer, des individus qui ne présenteraient pas des garanties suffisantes de solvabilité, de capacité, de moralité. Dès lors, plus l'administration a restreint le nombre des concurrents qui se sont présentés, plus il importe qu'au jour de l'adjudication la lutte soit sérieuse et vive, dans le champ clos où les soumissionnaires admis sont en quelque sorte renfermés. Autrement, l'espèce de privilége dont ils jouissent tournerait entièrement contre les intérêts de l'État. Il résulte de là, cela est incontestable, que si quelqu'un des concurrents admis à soumissionner se retirait au moment de l'adjudication, il serait du devoir de l'autorité qui y préside de ne la trancher qu'autant qu'il resterait un nombre suffisant de soumissionnaires pour réaliser la concurrence jugée nécessaire au marché qu'on aurait à passer. A plus forte raison l'autorité devrait-elle s'abstenir de trancher l'adjudication lorsque, comme pour l'adjudication du chemin du Centre, par exemple, qui a eu lieu le 9 octobre 1844,

les concurrents sont réduits à deux, et que l'un d'eux se retire. Alors il est impossible de prétendre que le vœu de la loi est rempli, que l'adjudication a lieu par voie de concurrence, puisqu'il n'y a point de concurrents et qu'il n'y a qu'un soumissionnaire; car le billet cacheté dans lequel le ministre fixe le *maximum* de durée de la concession accordé par l'administration, nécessite bien de la part du soumissionnaire un rabais quelconque sur la durée autorisée par la loi, mais il n'en résulte pas la concurrence.

Telles sont en résumé les ressources offertes par la législation spéciale et par la législation générale pour la défense de l'intérêt public contre l'avidité des compagnies; mais dans la pratique, que de difficultés rencontre l'application de cette législation! Comment empêcher les négociations de promesses d'actions et l'agiotage auquel il donne lieu? Comment saisir la preuve matérielle toujours si soigneusement dissimulée de la fusion, de la coalition des compagnies avant ou après l'admission au concours? Comment démasquer la fraude lorsqu'elle se présente sous la forme de la bonne foi, et que de deux compagnies admises au concours, l'une achetée par l'autre à prix d'argent dépose une soumission illusoire, c'est-à-dire portant *néant* au rabais? Comment enfin vouloir convaincre d'une série de délits aboutissant tous à la police correctionnelle, ce crédit industriel dont l'excellence a été imprudemment proclamée, et avec lequel l'État s'est allié?

Il faut donc de deux choses l'une, ou subir complétement les conséquences de la position qu'on s'est faite, ou chercher à en atténuer les fâcheux effets, se préparer à en sortir le plus tôt possible, et entrer résolument dès à présent dans une voie nouvelle.

Conclusion.

Par tout ce qui précède, par cette longue et presque lamentable histoire, il me semble démontré :

Qu'au moment où la création des chemins de fer a été développée en France, et jusqu'en 1837, le gouvernement et le crédit industriel lui-même ont marché à peu près en aveugles, et n'ont eu sous aucun rapport la notion exacte des résultats productifs à espérer de ces chemins, mais qu'en définitive cette ignorance

commune a tourné au profit du crédit industriel contre l'intérêt bien entendu du public et de l'État;

Que de 1838 à 1842, l'État a payé les frais des témérités, de l'impuissance, puis des lamentations décevantes du crédit industriel; qu'il a vu, par suite, s'écouler ces trois années en pure perte pour l'exécution des chemins de fer, et qu'il a été conduit enfin à livrer à des conditions tout à fait désavantageuses pour lui deux de ses plus précieuses lignes, celles de Rouen et d'Orléans;

Qu'en 1842, l'intérêt de l'État a été compromis dans les combinaisons inexpérimentées d'une législation dont le crédit industriel a retiré seul des avantages;

Qu'en 1843 et 1844 particulièrement, l'audace étant revenue au crédit industriel en raison des faiblesses de l'État, ce dernier a eu à subir des manœuvres déplorables, qui ont presque toujours rendu illusoires les bénéfices de l'adjudication avec concurrence et publicité, et, par suite, les prévisions de la législation;

Qu'en 1845, les tardives lumières de l'État, ses impuissantes précautions à l'encontre de son dangereux allié, ne lui ont épargné ni les désordres démoralisateurs de l'agiotage, ni les coalitions de compagnies, ni les déceptions dans les adjudications;

Qu'enfin en 1845, comme dans les années précédentes, l'État a englouti au profit d'un monopole dangereux pour lui, pour le public, pour l'industrie, pour les progrès de la civilisation, les sources d'une prospérité financière évidente et celles d'un progrès matériel et moral incalculable pour la nation.

Devra-t-on conclure de là qu'il faut briser, comme entaché de dol ou d'erreur, le contrat passé avec les compagnies, ou les exproprier au nom de l'utilité publique, qu'il faut réagir, en un mot, contre ce qu'on est convenu d'appeler les *faits accomplis?*

Non, je le reconnais. Une telle réaction serait contraire aux vrais principes de gouvernement, actuellement déraisonnable et impossible peut-être; mais combien n'est-il pas désirable que l'État ne recommence plus l'épreuve de ces dernières années, et cherche à recouvrer les avantages du grand instrument de richesse, de civilisation et de progrès qu'il a si malheureusement aliéné entre les mains des compagnies financières! Il

faudrait donc dès à présent songer à racheter les concessions qui voudront se vendre, se fortifier dans l'idée d'user du seul moyen de réparation que laisse encore la législation actuelle, c'est-à-dire, dans l'idée de racheter nécessairement au bout de quinze années toutes les concessions qu'on a faites depuis deux années; il faudrait enfin, pour marquer le premier pas de retour dans cette voie salutaire, conserver à l'État l'exécution et l'exploitation des lignes de quelque importance qui restent à faire, et dont la législation aura bientôt à s'occuper.

Que si on ne voulait point revenir d'une manière absolue à l'exécution et à l'exploitation par l'État, ne pourrait-on pas modifier le système actuel venu après tant de modifications, et, par exemple, mettre enfin en pratique le système du fermage simple, c'est-à-dire exécuter les chemins aux frais de l'État, et les faire exploiter par des compagnies moyennant un prix de bail et une concession de courte durée?

Ou bien encore, si on persistait dans le régime des compagnies financières, ne pourrait-on pas stipuler, ou la faculté de rachats successifs et partiels de la concession au bout d'un petit nombre d'années déterminées par périodes, ou le rachat partiel, *toujours facultatif*, avec la condition, bien entendu, du rabais proportionnel des tarifs après chaque rachat partiel?

On réserverait par ce moyen au gouvernement la possibilité de faire servir sa prospérité financière qui, il faut bien l'espérer, ne sera pas toujours une illusion, au dégrèvement des tarifs de locomotion; on lui réserverait la possibilité de reprendre promptement la propriété des chemins qu'il concéderait, et, dans tous les cas, celle de pouvoir interposer sa puissance toutes les fois que les besoins généraux, les progrès de la science de la locomotion, les situations de toute nature que les lignes de chemins de fer auraient engendrés sur leur parcours, nécessiteraient quelques importantes modifications, soit dans les tracés, soit dans les tarifs, soit dans l'organisation du service.

Tel est le tableau qu'a fait apparaître à mon esprit, telles sont les réflexions que m'a suggérées cette grande affaire des chemins de fer, qui doit avoir, sous tous les rapports, une influence si décisive sur les destinées du pays. Je n'ai fait qu'exprimer, en le pré-

cisant, ce que les hommes attentifs et mêlés aux affaires savaient déjà, ce que le bon sens public a senti et aperçu depuis longtemps. Puisse ce travail être utile en quelque chose à l'intérêt public ! Dans tous les cas c'est sans prétention vaine, mais c'est animé d'une conviction profonde que je le soumets aux méditations des hommes qui s'occupent, de près ou de loin, de la confection des lois, aux publicistes, à ceux qui aiment assez la France pour songer chaque jour à son avenir, enfin aux hommes plus expérimentés que moi qui voudront bien me lire.

PAUL DUPLAN.

Rapport sur les sociétés par actions, fait au Conseil général du commerce, au nom de la commission chargée de l'examen de cette matière [1].

Par M. ORTOLAN, membre de ce conseil [2].

MESSIEURS,

La coutume commerciale, avec cette ingénieuse et puissante faculté de création qu'elle possède, a, par un travail de plusieurs siècles, enfanté divers genres de sociétés : sociétés en nom collectif, en commandite, anonymes, en participation.

Les traits, d'abord confondus, mêlés souvent les uns aux autres, se sont dégagés de plus en plus. Le Code de commerce, en 1807, n'a eu qu'à les saisir, à les mettre en relief et à les déterminer nettement. Il en a été de même des dénominations.

[1] Cette commission était composée de MM. Rondeaux, *président*, d'Eichtal, Say, Devinck, Ducos, Arlès-Dufour, Reverchon, Lanyer, Prat, et Ortolan, *rapporteur*, délégués de Rouen, de Paris, de Bordeaux, de Lyon, de Saint-Étienne, de Marseille et de Toulon. M. Legentil, président du conseil général du commerce, s'y est constamment adjoint.

[2] Nous insérons avec empressement ce rapport, que M. Ortolan, professeur de la faculté de droit et membre du Conseil général du commerce, a bien voulu nous communiquer. Ce travail roule sur une matière commerciale de la plus haute importance, et qui, dans ces derniers temps, a vivement excité l'attention du gouvernement et du public. (*Note des directeurs de la Revue.*)

De ces quatre sortes d'associations, il en est deux qui se forment entre un petit nombre de contractants, qui renferment leurs opérations dans les ressources privées de quelques personnes; il en est deux autres, au contraire, la société en commandite et la société anonyme, qui font appel à beaucoup de monde, et qui se hasardent en de grandes entreprises au moyen d'une grande réunion de capitaux.

Précisément à cause de cette nature, celles-ci sont susceptibles de donner lieu à des abus qui éveillent la sollicitude publique. De pareils abus se sont produits à toutes les époques, tantôt dans un sens, tantôt dans un autre. Il y en a eu jadis, il y en avait au moment de l'élaboration de notre Code de commerce : on n'a jamais songé pour cela à détruire l'institution. A cette dernière époque, en 1807, on faisait bon marché des libertés privées; la grande préoccupation était de donner force à l'action gouvernementale; cependant il fut posé en principe, dans le conseil d'État, que le gouvernement ne doit jamais intervenir sans nécessité dans les contrats privés; et notre loi est faite dans cet esprit, notamment dans ses dispositions relatives à la société en commandite.

De nos jours, de nouveaux abus, assez graves pour qu'on dût s'en émouvoir, se sont présentés : en 1837 et en 1838, de la part des gérants de sociétés en commandite, à l'encontre des commanditaires, avec l'exagération, l'illusion trompeuse des apports et des promesses de dividende; tout récemment, dans le jeu sur la transmission des actions ou promesses d'actions des sociétés anonymes. Vous connaissez le projet de loi de 1838, conçu sous les préoccupations du moment, avancé jusqu'à l'état de rapport et abandonné ensuite; d'autres projets ont été élaborés depuis, dans des commissions spéciales, et ont eu le même sort. Enfin, aujourd'hui une série de questions relatives à cette matière est soumise aux délibérations des Conseils généraux de l'agriculture, des manufactures et du commerce.

Ces questions paraissent nombreuses et compliquées; mais il est possible de les réduire et de les simplifier.

Votre commission a résolu, sans hésiter, celles qui regardent : la faculté de former des sociétés en commandite sans autorisa-

tion, même quand le capital en est divisé par actions; — de constater ces sociétés par actes publics ou sous signature privée; — de donner à ces actions une valeur nominale quelconque; — de composer le fonds social d'apports soit en nature, soit en numéraire; — de prendre, indépendamment de la raison sociale, toute dénomination ayant pour but de caractériser l'entreprise ou d'en désigner l'objet; — de borner la publicité, en ce qui concerne les commanditaires, à l'indication du montant des valeurs fournies ou à fournir; — enfin de négocier les récépissés de souscription, promesses d'actions ou actions de sociétés anonymes avant l'autorisation de ces sociétés.

Sur tous ces points, nous vous proposons de déclarer qu'il faut s'en tenir aux lois existantes et à la jurisprudence.

En effet :

Exiger l'autorisation du gouvernement pour la formation des sociétés en commandite, en présence d'un gérant solidaire et responsable, ce serait méconnaître le caractère de ces sociétés, et les soumettre, contrairement au principe de responsabilité qui les domine, à des entraves, à des lenteurs funestes à l'activité commerciale;

Fixer un *minimum* à la valeur des actions, prohiber les apports en nature ou en industrie, ce serait frapper d'interdiction des conventions qui ne présentent en elles-mêmes rien que de fort licite, et qui peuvent être d'une grande utilité dans les affaires.

La raison sociale est, sans doute, le seul nom légal de la société en commandite, le seul sous lequel cette société puisse contracter; mais à côté de ce nom, quel mal y a-t-il de placer, comme une sorte d'annonce résumée, une dénomination qui fasse connaître au public l'objet des opérations? Qu'importe que ce soit ainsi que procèdent les sociétés anonymes; chaque industriel ne peut-il pas en faire autant pour ses entreprises, et n'y a-t-il pas, dans cette annonce, avantage pour tout le monde?

Le Code de commerce de 1807, lorsqu'il a prescrit, dans son article 43, à peine de nullité à l'égard des intéressés autres que les tiers, l'indication publique, en ce qui concerne les actionnaires ou commanditaires, non pas de leur nom, mais seulement

des *valeurs fournies ou à fournir*, a résolu heureusement un problème inutilement tenté jusqu'alors ; il a concilié judicieusement la publicité de ce qu'il importe à chacun de savoir, avec le secret que comportent les convenances du commanditaire et la nature de ses obligations. Si la loi ne demande pas la publication du nom des commanditaires, ce n'est plus, comme jadis, afin de permettre à des gentilshommes de participer sans déroger à des entreprises commerciales ; mais c'est parce que le commanditaire, n'étant engagé que pour sa mise, et ne devant appuyer en rien la société de son activité ni de son crédit personnels, la publicité donnée à son nom est indifférente en droit, et pourrait être décevante en fait. Il n'y a donc rien à changer à cet égard.

Votre commission, du reste, a pensé que le Code, par ces expressions *valeurs fournies ou à fournir*, exige impérieusement l'indication distincte des valeurs fournies et celle des valeurs à fournir, afin que le public sache bien ce qui est dès ce moment en caisse et ce qui n'existe qu'en obligation ; qu'en conséquence la loi n'est pas satisfaite lorsque l'indication est faite seulement en bloc, comme il arrive trop souvent, pour *valeurs fournies ou à fournir;* que les valeurs dont il s'agit sont uniquement celles de la commandite ou du montant des actions souscrites, sans y comprendre les valeurs ou ressources du gérant, parce que celles-ci sont toujours engagées en totalité dans la responsabilité solidaire de la gestion ; qu'enfin la société n'est réalisée et ne peut être publiée comme existante qu'après que la totalité des actions dont elle doit se composer a été souscrite : jusque-là il y a bien un projet, mais tant que les conditions n'en sont pas remplies, le contrat n'existe pas. Les principes généraux de nos lois, la doctrine des auteurs et la jurisprudence des tribunaux paraissent consacrer suffisamment ces solutions ; et la nullité qui sert de sanction aux prescriptions légales, donne aux gérants et aux commanditaires un intérêt majeur à en assurer l'exécution complète.

Quant à la négociation des récépissés de souscriptions, promesses d'actions ou actions des sociétés anonymes, avant que l'autorisation de ces sociétés ait été obtenue, elle n'a rien en soi d'illicite, puisqu'elle n'est autre chose que la transmission d'un

droit conditionnel ; l'expérience a même démontré l'impuissance des dispositions spéciales qui ont eu pour objet d'empêcher cette négociation, dans les lois de 1845 sur les chemins de fer.

Enfin, en ce qui concerne les pénalités à établir dans les divers cas qui précèdent, outre que votre commission ne voyant pas de prohibition à faire dans la plupart de ces cas, n'y voit par conséquent pas de peine à introduire, on ne doit pas oublier combien le législateur doit se montrer difficile à recourir à des répressions publiques en fait de contrats, matière pour laquelle les nullités ou les responsabilités civiles ou commerciales fournissent une sanction convenable et suffisante ordinairement : sauf l'application des règles du droit commun, si les faits dégénéraient en délit prévu par la loi pénale. Le système d'une amende à décréter comme garantie des prescriptions relatives à la publicité des sociétés en commandite, fut particulièrement l'objet d'une longue et vive discussion dans le sein du conseil d'État, lors de la préparation du Code de commerce ; mais finalement ce système fut repoussé et remplacé simplement par celui de la nullité du contrat à l'égard des intéressés autres que les tiers ; on ne voit pas de bonne raison pour y revenir. Il est vrai qu'on a lieu d'être impressionné vivement du mal résultant des jeux ou paris qui constituent un agiotage répréhensible ; ce mal est prévu par des dispositions pénales particulières, que l'autorité laisse dans la plupart des cas sans application ; mais la révision qu'il pourrait être utile de faire subir à ces dispositions pour les rendre plus efficaces, est, en réalité, étrangère aux règles organiques des sociétés par actions, et par conséquent au sujet dont nous avons à nous occuper.

Parmi toutes les questions à l'égard desquelles nous proposons au Conseil général du commerce de s'en référer simplement aux lois existantes, il en est une toutefois qui demande plus d'attention : c'est celle relative aux formes du contrat de société en commandite.

Dans cette espèce de contrat, on peut se préoccuper du soin de protéger trois sortes de personnes : les commanditaires contre le gérant, le gérant contre les commanditaires, et enfin les tiers

contre la société. Si cette préoccupation était poussée trop loin, on voit qu'il ne s'agirait bientôt de rien moins que de protéger tout le monde, que de mettre, pour ainsi dire, tout le monde en tutelle.

Cependant on ne peut se dissimuler que si la loi doit laisser, en général, à chacun le soin de ses propres intérêts, et s'abstenir de toute intervention tutélaire dans les conventions que les hommes peuvent faire entre eux, ce n'est qu'autant que les contractants sont à même de bien juger de leurs droits et d'en disposer en connaissance de cause. Or on voit trop souvent que les contrats des sociétés en commandite sont rédigés et arrêtés par le gérant et quelques-uns seulement de ceux qui figurent comme ses associés; que la réalité et la valeur des apports, que la répartition des avantages, en un mot, que les intérêts divers des commanditaires futurs n'y sont pas sérieusement discutés, et que ces commanditaires adhèrent après coup et sans examen à un contrat tout fait. De là le désir de les protéger contre les surprises du gérant, par certaines formalités qui seraient imposées pour la formation du contrat.

Sans doute, si l'on trouvait, pour atteindre ce résultat, un moyen simple et dégagé d'inconvénients, il faudrait se hâter de l'adopter; mais quand on les examine tous, qu'ils consistent soit dans l'autorisation préalable de l'État, soit dans un avis des tribunaux ou des chambres de commerce, soit dans l'assistance obligée de notaires, ou d'avocats exerçant depuis un certain nombre d'années, soit dans tout autre mode de protection, on voit qu'ils sont ou dangereux, ou impraticables ou illusoires; et l'on revient à être fermement convaincu, qu'après tout, comme les commanditaires sont majeurs, maîtres de leur volonté et capables d'en apprécier les conséquences, c'est à eux à examiner sérieusement le contrat auquel ils concourent ou adhèrent, à se faire éclairer au besoin par des personnes capables de les guider sagement, à pourvoir enfin à leurs intérêts; qu'il faut en dire autant de ceux qui acquièrent postérieurement des actions; que c'est au public à faire, sous ce rapport, son éducation; et l'on reconnaît, en même temps, que cette éducation est déjà bien avancée et qu'elle permettrait difficilement aujourd'hui les

clauses abusives dont les actes de société en commandite ont pu offrir l'exemple à une autre époque.

L'avis que votre commission vous propose d'émettre sur ces premières questions est donc justifié dans toutes ses parties. J'ajouterai, messieurs, que c'est une mauvaise méthode que celle qui, afin de prévenir des abus possibles, entrave, supprime ou détruit ce qui est bon en soi; et qu'il appartient spécialement au Conseil général du commerce, d'insister sur la nécessité de maintenir au commerce la latitude de ses mouvements et la liberté de ses opérations.

Cela posé, trois points seulement nous ont paru faire difficulté et appeler une discussion sérieuse : 1° la détermination des droits de gestion du gérant et des droits de surveillance des commanditaires dans les sociétés en commandite; 2° la responsabilité des souscripteurs et titulaires successifs d'actions nominatives, et la constitution des actions au porteur, tant dans les sociétés en commandite que dans les sociétés anonymes; 3° le mode de faire juger les contestations entre associés pour raison de la société.

I. — Détermination des droits de gestion du gérant et des droits de surveillance des commanditaires, dans les sociétés en commandite.

Pour régler équitablement ces droits, il faut prendre en considération à la fois les trois intérêts dont nous avons parlé : ceux du gérant, ceux des commanditaires, et ceux des tiers.

Quant au gérant, puisqu'il est solidairement responsable de toutes les opérations de la société, il doit être, dans la sphère des pouvoirs que lui donne le contrat, entièrement maître de sa gestion; les commanditaires ne doivent avoir aucun ordre à lui donner, aucune défense à lui faire dans les actes de cette gestion : *contrainte* et *responsabilité* sont deux mots inconciliables; le contrat primitif ne pourrait pas même être rédigé de telle sorte qu'il rendît les pouvoirs du gérant illusoires et qu'il y substituât l'action des commanditaires : un pareil contrat n'aurait de la société en commandite que le nom.

Quant aux tiers, il faut qu'ils ne puissent pas être trompés par les apparences; il faut qu'ils ne puissent pas voir à la tête de

la société, mêlé aux actes de gestion, un homme dont la solvabilité les rassure, à qui ils accordent tout crédit : et qu'ensuite cet homme ne se trouve être qu'un commanditaire, tenu seulement jusqu'à concurrence d'une certaine mise.

Les intérêts légitimes du gérant et ceux des tiers s'accordent donc pour écarter les commanditaires de la gestion. De là, les dispositions des articles 27 et 28 du Code de commerce, qui portent que l'associé commanditaire « ne peut faire aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration, » sous peine de devenir obligé solidairement.

Cette disposition qui défend au commanditaire d'agir même en vertu de procuration, ne fut pas introduite dans le Code sans difficulté; plusieurs tribunaux d'appel, plusieurs tribunaux ou chambres de commerce, ceux de Douai, d'Orléans, de Clermont-Ferrand, de Genève, du Havre, de Lyon, de Marseille, de Strasbourg, réclamèrent contre cette défense, et en demandèrent l'atténuation ou la suppression.

C'était, en effet, une nouveauté. Jusque-là, et dès l'origine, les commanditaires s'étaient souvent mêlés activement à la gestion; mais l'expérience des faits avait fini par mettre en évidence sur ce point les exigences particulières de ce genre d'association; on avait vu, durant le cours de la révolution, des sociétés gérées ostensiblement par des personnes considérables, ne plus laisser pour débiteur solidaire, au jour de la liquidation, qu'un homme de paille, un valet; on était sous l'impression de ces exemples; non-seulement le principe de la prohibition fut maintenu, mais la rédaction en fut renforcée et même exagérée dans ses termes.

En effet, l'article dans sa première rédaction au conseil d'État, était ainsi conçu : « L'associé commanditaire ne peut concourir comme gérant aux achats, ventes, obligations et engagements concernant la société, » disposition qui ne prohibait formellement que les actes faits avec les tiers, et qui ne parlait pas du cas où le commanditaire agirait en vertu d'une procuration. On en vint ensuite à une expression plus générale et à la prévision du cas de procuration : « L'associé commanditaire ne » peut faire aucun acte de gestion, ni y être employé, même

» en vertu de procuration; » enfin par délicatesse d'oreilles, et pour éviter la dureté des consonnances, arriva la rédaction définitive telle qu'elle se trouve aujourd'hui dans le Code : « L'as- » socié commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, ni » être employé pour les affaires de la société, même en vertu de » procuration. »

Ces expressions, *ni être employé pour les affaires de la société*, ont paru avoir une malheureuse étendue, qui incontestablement n'était pas dans la pensée du législateur; elles ont jeté du doute dans plusieurs cas particuliers et ont donné lieu à plusieurs procès. Il a fallu qu'un avis du conseil d'État, du 17 mai 1809, les interprétât, en déclarant « que les articles 27 et 28 du » Code de commerce ne sont applicables qu'aux actes que les » associés commanditaires feraient en représentant comme gé- » rants la maison commanditée, même par procuration. » La jurisprudence a dû les rectifier en les restreignant aux seuls actes de gestion. Tel est le sens dans lequel les entendent aujourd'hui tous ceux qui sont au courant des véritables doctrines. Mais elles n'en ont pas moins, dans le texte de la loi, une apparence de généralité qui n'est pas sans inconvénient.

A part même cette observation, le Code de commerce, dans son article 27, tout en se préoccupant des intérêts du gérant et de ceux des tiers, ne semble-t-il pas avoir oublié ceux des commanditaires, ou du moins n'a-t-il pas négligé à tort de s'en expliquer?

Le commanditaire n'est pas un prêteur, qui n'a rien à voir dans l'emploi de la somme prêtée, et qui n'aura jamais à réclamer autre chose que cette somme avec les intérêts; le gérant de la commandite n'est pas un emprunteur, qui doit toujours rendre, quels que soient les événements, la somme par lui empruntée. Le commanditaire court, dans les opérations de la société, le risque de sa mise. Selon que ces opérations auront bien ou mal tourné, il n'aura rien à recevoir, ou il recevra seulement une partie de sa mise, ou bien sa mise avec une part proportionnelle dans les gains. Quand on invoque les expressions de l'article 23 du Code de commerce, pour dire qu'il est un simple bailleur de fonds, on oublie le mot essentiel qui précède : ***associé simple***

bailleur de fonds; le commanditaire, en effet, est dans la limite spéciale de la commandite, un associé; intéressé comme tel, en bien et en mal, au résultat des opérations sociales; d'où la conséquence qu'il ne peut être dépourvu de tout droit dans ces opérations. Son droit est un droit de vérification, de contrôle, de surveillance, même de conseil; et tant qu'il s'arrête là, on ne voit, ni dans les intérêts légitimes du gérant, ni dans ceux des tiers, aucune raison pour lui en interdire ou pour en gêner l'exercice.

Cependant le Code de commerce ne s'est nullement exprimé sur les droits de contrôle et de surveillance des commanditaires; la cour de cassation, dans ses observations, demandait qu'ils ne pussent « assister aux assemblées de la société ni prendre » part aux délibérations; » le Tribunat faisait observer, au contraire, « qu'un des droits du commanditaire est de participer » aux délibérations générales de la société, et que ces délibéra- » tions ont souvent pour but ou d'en approuver les opérations » ou d'en autoriser les engagements; » quoiqu'il en soit de ces observations contradictoires, de ce qu'elles peuvent contenir d'exact ou d'inexact, le fait est que le Code ne s'en est pas expliqué. La jurisprudence a donc eu à combler cette lacune; elle l'a fait généralement en ce sens, que les actes de gestion seuls sont interdits au commanditaire, et que tout ce qui n'est pas acte de gestion ne tombe pas sous le coup des articles 27 et 28 du Code de commerce. Mais dans les détails de chaque espèce particulière, quand il s'est agi de déterminer si tel ou tel acte constituait ou non un acte de gestion, on a vu des procès longs et coûteux, des décisions variables, souvent opposées. Les commanditaires, n'ayant aucun texte de loi qui puisse leur servir de guide, sont toujours dans l'incertitude de ce qu'ils peuvent ou ne peuvent pas faire, dans le danger, dans l'inquiétude d'être déclarés solidaires, et ceux qui sont prudents préfèrent se maintenir dans une abstention complète, plutôt que de courir le risque d'une solidarité indéfinie.

Si tel est véritablement l'état des choses, état que vous avez été et que vous êtes à même de vérifier mille fois autour de vous, il est nécessaire à côté des dispositions de la loi qui ont pour but de pourvoir aux intérêts du gérant et des tiers, de placer une dis-

position qui satisfasse à l'intérêt des commanditaires, et qui éloigne autant que possible, pour ceux qui se tiennent dans la limite de leur droit, la crainte d'un procès.

Il a paru à votre commission que ce but serait atteint si l'article 27 du Code de commerce était modifié en ces termes : « L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, » ni être employé dans de tels actes, même en vertu de procu- » ration. Ne sont pas considérés comme actes de gestion, les » actes de contrôle, de surveillance, de vérification, les avis ou » délibérations intérieures quelconques : bien entendu que tous » ces actes laissent entières au gérant sa liberté d'action et sa » responsabilité. »

Dans le sens de cette disposition, le commanditaire étant toujours tenu, sous peine d'être déclaré solidaire, de s'abstenir de tout acte de gestion, il pourra prendre part sans inquiétude à toute espèce de contrôle, de surveillance, à tout avis ou délibération intérieure, sans qu'il y ait même lieu de rechercher si dans de pareils actes il n'a pas usé de formes impératives, s'il n'a pas fait des injonctions ou des défenses, la loi ayant pris le soin de déclarer elle-même que de tels actes laissent toujours entières au gérant, dans la sphère des opérations déterminées par le contrat primitif, sa liberté d'action et sa responsabilité. Ainsi, la loi ayant donné également satisfaction aux intérêts du gérant, à ceux des tiers et à ceux des commanditaires, la plus grande partie des appréhensions que ces derniers peuvent avoir aujourd'hui disparaîtra, et la source des contestations les plus fréquentes sur ce chef sera tarie.

II. — Responsabilité des souscripteurs et titulaires successifs d'actions nominatives, et constitution des actions au porteur, tant dans les sociétés en commandite que dans les sociétés anonymes.

Le montant des actions d'une société, soit en commandite soit anonyme, peut être ou versé immédiatement, ou payé seulement en partie, ou seulement promis. La division ou les délais accordés pour effectuer le payement, peuvent être d'une grande utilité dans les affaires, et rien ne s'oppose à ce qu'on y ait recours.

Dans les cas où le payement intégral n'a pas lieu immédiatement, il naît pour le souscripteur de l'action une obligation : celle d'opérer ce payement à l'époque ou aux époques voulues; et le droit d'exiger l'acquittement de cette obligation existe pour le gérant, pour les autres commanditaires, même pour les tiers agissant comme créanciers de la société.

Cela étant, si le souscripteur primitif transmet son action à un cessionnaire qui se met en son lieu et place, celui-ci devient obligé à son tour; mais le cédant n'est pas libéré pour cela; la société n'a pas consenti une novation; le cédant reste toujours tenu comme garant de son cessionnaire. Le même raisonnement se reproduit à chaque cession. En conséquence, la commission vous propose de déclarer : que, « soit dans les sociétés anonymes, » soit dans les sociétés en commandite, le souscripteur primitif » et les cédants successifs de chaque action doivent tous être » responsables, les uns à défaut des autres, du payement intégral de l'action, en remontant successivement du dernier titulaire aux titulaires précédents. »

S'il y a, comme nous venons de l'établir, pour le gérant, pour les commanditaires, et même pour les tiers créanciers de la société, un débiteur responsable dans le souscripteur, et dans chacun des cédants et cessionnaires successifs d'une action non intégralement payée, la conséquence naturelle, c'est que tous ces débiteurs doivent pouvoir être connus. Or il serait extrêmement difficile qu'ils le fussent, pour ne pas dire impossible, si l'action pouvait être établie et circuler sous la forme d'un titre au porteur avant d'avoir été payée en totalité.

L'action non payée n'est pas seulement une valeur, elle est surtout un titre d'obligation : or comment serait-il raisonnable de la mettre sous une forme qui permettrait au porteur de l'anéantir à son gré, et de faire disparaître ainsi tout indice de son obligation?

L'action au porteur n'est logique que lorsqu'elle est une valeur intégralement acquittée; alors elle peut circuler rapidement, comme toute autre valeur transmissible de la main à la main, sans qu'il soit nécessaire qu'elle laisse de trace.

La commission vous propose donc de déclarer que, « soit dans

les sociétés anonymes, soit dans les sociétés en commandite, les actions, tant qu'elles ne sont pas intégralement payées, doivent être nominatives; et qu'aucune d'elles ne doit pouvoir être établie sous la forme d'un titre au porteur, avant que le montant en ait été acquitté en totalité. »

Cependant, même avec cette disposition prédominante, convient-il d'admettre ou d'interdire les actions au porteur dans les sociétés en commandite?

C'est une question qui a été vivement controversée dans le sein de votre commission, mais sur laquelle, à la suite d'une longue discussion, toutes les voix, moins une seule, ont fini par se rallier à l'opinion que ces actions doivent être admises.

Parmi les raisons présentées pour les faire repousser, nous n'insisterons pas sur celles qu'on a cru pouvoir tirer de la nature de la société en commandite. Elles ont été développées avec beaucoup de force et réfutées avec non moins d'autorité, dans deux savantes consultations qui datent de 1830, et qui ont fait époque dans la jurisprudence. Mais aucun membre de votre commission ne s'y est sérieusement arrêté. S'il est vrai de dire que l'idée de société emporte ordinairement celle d'un lien entre personnes, il n'est pas moins vrai que la société en commandite est une sorte de société mixte qui tient à la fois de la société en nom collectif, par les associés gérants et solidaires, et de la société anonyme, par les commanditaires. Or, comme l'idée de société n'empêche pas, dans les sociétés anonymes, la transmissibilité des actions sous forme de titre au porteur, on ne voit pas comment elle l'empêcherait dans les sociétés en commandite, en ce qui concerne les commanditaires. Les uns et les autres de ces actionnaires ne sont engagés que jusqu'à concurrence de leur mise, et nous posons en principe que tant que cette mise n'est pas intégralement acquittée, l'action doit être nominative et non au porteur. Les uns et les autres peuvent assister et prendre part aux délibérations, avec cette différence, toutefois, que l'actionnaire d'une société anonyme y a un rôle personnel bien plus actif que l'actionnaire d'une société en commandite, puisqu'il peut décider là où l'autre ne peut que contrôler ou conseiller. On ne voit donc pas comment l'idée de société comporterait la possibi-

lité des actions au porteur, dans un cas, et ne la comporterait pas dans l'autre.

Mais l'objection la plus forte, la véritable et sérieuse objection a été tirée de cette considération, que les actions au porteur dans les sociétés en commandite offriraient aux commanditaires le moyen d'éluder les articles 27 et 28 du Code de commerce, et de s'immiscer impunément dans la gestion. Il est vrai que l'application de ces articles devient plus difficile du moment qu'il s'agit d'actionnaires qui, n'étant pas désignés nominativement, peuvent cacher plus aisément leur qualité de commanditaires. Mais il n'est pas vrai que cette application soit alors impossible. Il s'agit de faits qui auraient pour but d'éluder la loi, et dont la preuve, par conséquent, serait admissible par tous les moyens légaux. Du reste, la prohibition de l'article 27, longtemps inconnue dans les sociétés en commandite, a été une sûreté donnée à la liberté du gérant et à l'intérêt des tiers, mais ce serait une exagération par trop forte, que d'aller jusqu'à y faire le sacrifice d'un mode de transmission rapide et utile. Qu'on remarque, quant au gérant, que nul ne peut le gêner malgré lui dans sa liberté de gestion, pas plus les actionnaires nominatifs que les possesseurs d'actions au porteur ou que les étrangers; et quant aux tiers, que la possibilité qu'ils soient trompés et qu'ils prennent pour gérant solidaire quelqu'un qui n'est qu'un commanditaire ou même qu'un étranger, possibilité qui existait jadis, lorsque les actes de société ne recevaient qu'une publicité imparfaite, n'est presque plus à craindre aujourd'hui que cette publicité s'étend à tout ce que les tiers ont intérêt à connaître, et qu'elle est exigée à peine de nullité. D'ailleurs, le sens auquel votre commission propose de ramener la prohibition de l'article 27, en faisant équitablement la part de chacun, est de nature à prévenir presque toujours les actes d'immixtion que l'on paraît craindre.

Enfin, la dernière objection tirée de ce que les actions au porteur, par la nature de leur circulation, exposent davantage ceux qui les acceptent à être trompés, cette objection n'est fondée que sur une confusion. Ou l'existence des actions dans les sociétés en commandite, est, pour l'étendue et la réussite des affaires, une

bonne chose, ou c'en est une mauvaise. Si c'est une mauvaise chose, les actions ne doivent pouvoir être transmises ni d'une manière, ni de l'autre. Si c'est une bonne chose, permettez qu'on en puisse simplifier et faciliter la circulation. Il ne faut pas confondre cette circulation loyale et régulière, avec des transmissions frauduleuses, contre lesquelles chacun doit se mettre en garde, ou avec des actes de jeu et de pari, qui tiennent à des causes plus générales, et que d'autres dispositions ont pour but de prévenir ou de réprimer. Il ne faut pas, à cause de la possibilité d'un usage abusif, supprimer l'usage régulier et utile.

Votre commission vous propose donc d'admettre, pour les sociétés en commandite comme pour les sociétés anonymes, l'établissement des actions sous la forme d'un titre au porteur, mais toujours pour celles de ces actions seulement dont le montant intégral aura été acquitté.

III. — Mode de faire juger les contestations entre associés pour raison de la société.

Les articles 51 et suivants du Code de commerce, organisent, pour ce genre de contestations, un système d'arbitrage forcé. Convient-il de maintenir ou d'abroger cet arbitrage ?

Votre commission a été, sur cette question, plus divisée que sur toutes les autres, et sa décision ne s'est formée qu'à la majorité d'une seule voix.

Nul n'a eu la pensée de conserver l'arbitrage forcé tel qu'il est constitué par le Code de commerce. Le vice majeur de cette constitution, qui consiste en ce que les arbitres sont nommés séparément, chaque partie désignant le sien, de telle sorte qu'il y en a autant qu'il y a d'intérêts distincts dans la cause, et que chacun d'eux est porté à se considérer moins comme un juge commun que comme le représentant spécial de la partie qui l'a nommé, ce vice n'a pu échapper à personne.

La minorité de votre commission a pensé qu'il suffirait d'y remédier, en ordonnant que le tribunal arbitral sera formé d'un ou de trois arbitres, choisis d'accord par les parties, ou à défaut des parties, par le tribunal de commerce; et que moyennant

cette rectification, le système de l'arbitrage forcé serait avantageux à maintenir.

Une société, a-t-on dit à l'appui de cette opinion, est comme une image de la famille; quand la mésintelligence s'y introduit, elle y prend un caractère plus passionné, les contestations sont envenimées, elles pénètrent dans les détails les plus intimes de la vie commune, elles sont une occasion de scandale; les parties capables d'une telle spéculation, et par conséquent les parties les moins méritantes, se feront de ce scandale un moyen de menace et d'intimidation; d'ailleurs la nature de ces contestations sociales est d'offrir plutôt des questions de fait, des vérifications, des liquidations que des questions de droit. Toutes ces considérations doivent faire préférer, pour la décision de ces contestations, des arbitres à des juges. Si l'on en décide autrement, les juges renverront presque toujours eux-mêmes la cause devant des experts, et l'on aura ainsi une autre sorte d'arbitrage.

Toutefois, ces motifs n'ont pas été suffisants pour déterminer la majorité de votre commission, qui a pensé, qu'en somme, et quoiqu'il y ait beaucoup de vrai dans la plupart des observations qui précèdent, le principe de l'arbitrage forcé offre encore plus d'inconvénients que d'avantages.

En effet, la juridiction arbitrale n'a pas le caractère de dignité nécessaire à une juridiction que la loi adopte et impose forcément aux parties. Les arbitres sont avec les plaideurs à qui ils doivent leur nomination, dans des rapports d'affaires, d'intérêt, d'amitié, de familiarité inconciliables trop souvent avec cette dignité. La correction apportée à la manière dont ils sont aujourd'hui désignés sera insuffisante : ou bien les parties, pour se mettre d'accord, se passeront chacune leur arbitre, et alors on aura encore, plus ou moins, dans chacun de ces arbitres, l'homme de tel plaideur plutôt qu'un juge dégagé de toute prévention ; ou bien les parties, comme il arrivera le plus souvent, ne pourront s'accorder, et alors quelle charge n'impose-t-on pas au tribunal? qui nommera-t-il quotidiennement pour arbitres? qui voudra accepter cette mission? il se formera autour du prétoire consulaire un groupe de personnes habituées à solliciter ces fonctions,

à s'en faire comme une sorte de profession, en vue des honoraires qui devront en ressortir.

Ce n'est pas tout : cette juridiction est sans publicité, garantie fondamentale et commune de l'administration de notre justice; et précisément parce qu'elle est sans publicité, elle est aussi sans jurisprudence, enseignement expérimental et progressif nécessaire aux juges comme aux justiciables. Enfin, loin d'être plus économique et plus expéditive que la justice ordinaire, bien qu'on ait vu quelquefois, sans doute, des arbitrages prompts et gratuits, l'expérience a démontré qu'elle est communément plus coûteuse et même plus lente. Quant au scandale, celui qui voudra s'en faire une arme, trouvera toujours le moyen, même avec l'arbitrage forcé, de le susciter.

La majorité de la commission vous propose donc d'émettre l'avis que l'arbitrage forcé doit être supprimé.

Ceux qui ont défendu cet arbitrage se sont rattachés, du moins, à la clause compromissoire anticipée, et ont demandé qu'il fût permis aux associés de convenir, à l'avance, dans l'acte de société, que les contestations sociales élevées entre eux seraient jugées par arbitres.

Mais évidemment, ce ne serait là qu'une manière indirecte de ressusciter l'arbitrage forcé; tout ce qui a été dit contre cet arbitrage, se reproduit contre la clause compromissoire anticipée, qui deviendrait de style dans chaque contrat; la loi doit être sérieuse, et quand de graves motifs l'ont déterminée, elle ne doit pas dégénérer en une vaine disposition.

On ne peut invoquer en faveur de la clause compromissoire anticipée, la liberté des conventions. Qui dit convention dit un accord de volontés : or la loi ne considère pas comme une volonté susceptible de produire des liens de droit, celle qui est donnée à l'avance, d'une manière générale, et sans être déterminée dans son objet. Ainsi, de même qu'il n'y aurait pas d'obligation formée entre deux personnes qui se seraient engagées l'une à vendre sa maison et l'autre à l'acheter, mais sans en déterminer le prix ou sans indiquer un moyen précis de le déterminer, de même il n'y a pas de compromis obligatoire entre deux personnes qui n'ont pas désigné l'objet particulier du litige

sur lequel ils veulent compromettre et les arbitres à qui ils consentent à s'en référer. Cette règle, formulée dans l'article 1006 du Code de procédure civile, est une règle de droit général, qui tient aux principes mêmes des conventions.

Au moment où la société se forme, on est toujours d'accord ; on ne prévoit les contestations que comme une hypothèse surabondante, que l'on croit irréalisable; ou si on les entrevoit comme possibles, on n'en connaît ni la nature, ni l'importance. Tout ce que l'on peut savoir, c'est qu'elles se rattacheront à la société ; mais porteront-elles sur tel point ou sur tel autre, seront-elles d'un intérêt minime ou d'un haut intérêt, s'agira-t-il de quelques centaines de francs ou de sommes considérables? tout cela est inconnu ; comment prétendre qu'il y ait dans une telle ignorance, les éléments d'une volonté obligatoire? Ajoutez que dans la formation du contrat de société, il y a fréquemment des parties inexpérimentées, peu éclairées, ou des parties qui voient dans l'association une position, un avenir à se créer, qui sont sous la dépendance des autres contractants, et qui consentiront toujours, sans réflexion, à une clause à leurs yeux insignifiante, dont elles se repentiront plus tard.

La majorité de la commission vous propose donc de repousser la clause compromissoire anticipée.

Mais il va sans dire, qu'il sera toujours libre aux parties, en matière de société comme en toute autre matière, quand un litige est né et déterminé, de s'accorder pour en déférer la connaissance à des arbitres convenus entre elles. La commission a pensé que cet arbitrage volontaire, lorsqu'il a lieu pour des contestations commerciales, qu'il s'agisse de société ou de toute autre opération, ne peut pas être convenablement réglé par les articles 1006 et suivants du Code de procédure civile; qu'il exige plusieurs dispositions différentes, appropriées à la nature commerciale du litige : soit quant à la composition du tribunal arbitral, et notamment aux fonctions du tiers arbitre, obligé par l'article 1018 du Code de procédure civile de se conformer, quoi qu'il en pense, à l'un des avis déjà émis ; soit quant à la procédure, soit quant au dépôt et à l'ordonnance d'exécution de la sentence arbitrale.

La commission vous propose, en conséquence, d'émettre le vœu qu'il soit pourvu par la loi à ce règlement dont l'absence fait lacune dans notre législation.

IV.

Enfin, il ne reste plus à soumettre à vos délibérations qu'une seule question : celle relative aux sociétés étrangères, constituées sous la forme anonyme, qui voudraient, ou qui viendraient, de fait, opérer en France.

Votre commission a pris pour point de départ ce principe, que le commerce est du droit des gens, cosmopolite ; qu'il ne doit pas y avoir d'exclusion, quant à ses opérations, ni contre les associations ni contre les personnes étrangères; mais que, du moins, les étrangers ne peuvent incontestablement avoir plus de droits ni plus de facilités que les Français.

En conséquence, s'il s'agit de sociétés anonymes étrangères, elles doivent, pour exister et pour opérer légalement en France, obtenir les mêmes autorisations et se soumettre aux mêmes conditions que les sociétés françaises. Bien entendu que le gouvernement, sans compter toutes les autres circonstances dont la prise en considération est remise à sa sagesse, devra exiger, pour donner son autorisation, que les immeubles, les valeurs ou cautionnements destinés à former la garantie du public soient situés ou déposés en France, et non en pays étranger.

S'il s'agit d'opérations faites au nom de pareilles sociétés non autorisées, on ne peut voir dans ces opérations que des actes individuels ; et les auteurs de ces actes, qu'ils soient Français ou qu'ils soient étrangers, doivent être soumis à toutes les conséquences de responsabilité personnelle ou de pénalité que notre loi commune établit en pareil cas ; sauf au gouvernement, si l'expérience a démontré quelque lacune ou quelque insuffisance dans les prévisions de la loi sous le rapport de la pénalité, à y faire pourvoir par l'autorité législative.

En résumé, la commission vous propose d'adopter les résolutions suivantes :

Le conseil général du commerce est d'avis,

1° En ce qui concerne les droits de gestion du gérant et les droits de surveillance

des commanditaires : — que l'article 27 du Code de commerce soit modifié et remplacé, dans sa rédaction actuelle, par une rédaction nouvelle ainsi conçue :

Art. 27. « L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, ni être » employé *dans de tels actes*, même en vertu de procuration. *Ne sont pas con-* » *sidérés comme actes de gestion, les actes de contrôle, de surveillance, de* » *vérification, les avis ou délibérations intérieures quelconques : bien en-* » *tendu que tous ces actes laissent entières au gérant sa liberté d'action et sa* » *responsabilité.* »

2° En ce qui concerne la responsabilité des souscripteurs et titulaires successifs d'actions nominatives, et la constitution des actions au porteur : — que dans les sociétés anonymes ou en commandite, les souscripteurs primitifs et les cédants successifs de chaque action soient tous responsables, les uns à défaut des autres, du payement de l'action, en remontant successivement du dernier titulaire aux titulaires précédents ; — et qu'aucune action ne puisse être établie sous la forme d'un titre au porteur avant que le montant en ait été intégralement payé.

3° En ce qui concerne le jugement des contestations entre associés pour raison de la société : — que l'arbitrage forcé, établi par les articles 51 et suivants du Code de commerce, soit supprimé ; — que la clause compromissoire anticipée soit interdite dans les actes de société ; — mais que la loi trace des règles spéciales à suivre en cas d'arbitrage volontaire dans toute contestation commerciale, notamment pour ce qui concerne la constitution du tribunal arbitral, la procédure, le dépôt de la sentence au greffe du tribunal de commerce et l'ordonnance d'exécution.

4° En ce qui concerne les sociétés anonymes étrangères : — que ces sociétés doivent être assujetties, pour opérer en France, aux mêmes conditions, aux mêmes nécessités d'autorisation que les sociétés françaises ; — et que tous ceux qui, au nom de pareilles sociétés, opéreraient en France sans l'autorisation voulue, doivent être personnellement soumis, pour leurs actes, à toutes les conséquences de responsabilité civile ou de pénalité qui résultent de notre droit.

5° Enfin, pour toutes les autres questions qui lui sont posées, le conseil général du commerce s'en réfère aux lois existantes et à la jurisprudence, en insistant sur la nécessité de maintenir au commerce la liberté d'entreprise et d'opération, qui est indispensable à sa prospérité.

Le conseil général du commerce, dans sa séance du 15 janvier 1846, a adopté les conclusions présentées dans ce rapport au nom de sa commission, en y faisant une modification seulement, en ce qui concerne la clause compromissoire anticipée. Le conseil général du commerce a émis le vœu « que cette » clause soit admise dans les actes de société autres que ceux » des sociétés divisées par actions. » Il a aussi formellement exprimé l'opinion, indiquée seulement d'une manière implicite dans le rapport, « que les actes des sociétés en commandite » par actions doivent indiquer, comme les statuts des sociétés » anonymes, que la totalité des actions représentant le fonds so- » cial est souscrite. »

ORTOLAN.

Lettre à M. Edouard Laboulaye, avocat, membre de l'Institut.

MONSIEUR,

Je ne me propose point d'examiner en ce moment les graves questions que soulève votre article inséré dans le numéro de novembre de la *Revue de législation et de jurisprudence.* Mon collègue M. Bonnier s'est chargé de cette tâche; il s'en est acquitté en partie dans l'article auquel vous avez répliqué, et il la continue dans le cahier actuel de notre Revue. Je veux seulement vous présenter quelques réflexions que votre réplique[1] m'a suggérées. Comme la discussion a pris sous votre plume un caractère blessant pour M. Bonnier, il est bon que d'autres interviennent, qui puissent, dégagés de toute préoccupation personnelle, dire dans l'intérêt de M. Bonnier bien des choses qu'il ne lui conviendrait en aucune façon de dire lui-même. Par la même occasion, j'essayerai de rectifier certains faits relatifs à la Faculté de droit de Paris, pour laquelle vous ne me paraissez pas non plus animé d'une grande bienveillance. Je sais, monsieur, quels égards sont dus à votre talent et aussi à votre amour tout à fait désintéressé, je n'en fais aucun doute, pour le bien de l'enseignement. Mais si par hasard il se trouve que, voulant tourner en ridicule, soit le professeur, soit la Faculté, vous ayez mal raisonné ou que vous vous soyez contredit, il ne me sera pas loisible de le cacher aux lecteurs, et ce n'est pas moi qu'il faudra en accuser.

Je tiens d'abord à justifier M. Bonnier du reproche d'*impolitesse* que vous lui adressez[2]; vous l'engagez en termes formels à ne pas *se dispenser d'être poli avec vous.* Or, pour tous ceux qui connaissent M. Bonnier, une impolitesse préméditée, écrite et imprimée par lui, paraîtra un fait bien extraordinaire. J'ajouterai que son article, qui a excité votre mauvaise humeur, avait

[1] *Revue de législation et de jurisprudence*, décembre, p. 532 et suiv..
[2] *Ibid.*, p. 538.

été, avant l'impression, examiné avec soin par des hommes dont vous reconnaissez *la modération ordinaire*, et, ce qui vous offrait plus de garantie encore, par un des collaborateurs principaux de votre Recueil. Je ne crains pas de vous mettre au défi d'indiquer, dans l'article dont vous vous plaignez, une seule expression s'adressant à vous, qui sorte des limites de la plus exacte politesse. Qu'a dit M. Bonnier? Que les adversaires du système des concours pour la nomination aux chaires se divisent en deux classes : l'une composée d'hommes *dont les sentiments sont consciencieux et désintéressés*, *et qu'il tiendrait à convaincre;* l'autre formée de personnages qui sont au contraire fort intéressés dans la question, comme aspirant à la faveur d'une nomination faite sans concours. Cette distinction est simple, naturelle, et empreinte à la fois de justice et de modération. Maintenant, est-ce la faute de M. Bonnier s'il vous plaît de supposer qu'*in petto*, sans qu'il en ait rien dit, il vous a placé dans la dernière de ces deux classes et non dans celle des hommes consciencieux et désintéressés? Et parce que M. Ledru-Rollin a jugé à propos de vous adresser, en termes assez peu flatteurs, une imputation analogue [1], est-ce donc sur M. Bonnier que doit tomber votre colère? Supposons que des juges ou des membres du parquet viennent vous chercher querelle parce que, dans votre remarquable travail sur *le noviciat administratif* [2], vous avez dit qu'en France le premier coupable de l'*ignorance des magistrats* c'est le gouvernement; que, *lorsque c'est la faveur et non pas le travail qui fait le droit*, *on ne travaille pas*, ON INTRIGUE; et plus loin, que chez nous *le point capital*, *c'est de faire agir un parent*, *un député*, *un protecteur quelconque*, *pour obtenir un brevet de substitut;* ne répondriez-vous pas, avec beaucoup de raison, que les exceptions sont toujours sous-entendues, et que, même à cette époque d'intrigue et de corruption, on trouve des magistrats qui entrent dans la carrière et la parcourent sans appeler à leur aide la faveur et sans autre appui que leur mérite? Pourquoi donc vous plaindre de M. Bonnier, qui n'a pas même dit,

[1] *Revue de législation*, janvier 1845, p. 155.
[2] *Ibid.*, t. XVIII (juillet—décembre 1843), p. 586.

tant sa discrétion est grande, que les adversaires *intéressés* du concours fussent en majorité ?

Du reste, quant à l'observation des règles de la politesse en matière de polémique, j'avoue que votre théorie me paraît beaucoup plus rigoureuse que votre pratique. Vous n'y allez certes pas de main morte avec M. Bonnier. Suivant vous, *pour se dispenser de raisonner*, *il se délivre un brevet de vertu;* son article est *une catilinaire au petit pied*, *ou plutôt une* ORATIO PRO DOMO SUA : c'est encore *une déclamation dans laquelle il est impossible de saisir l'ombre d'un argument sérieux*, *et qui ne fait que trahir la mauvaise humeur d'un homme à qui toute idée d'innovation fait peur*. Vous ne faites pas non plus grâce à l'arrangement de ses idées telles quelles. Vous lui reprochez d'avoir fait *un exorde*, *une narration* et, juste ciel! *une péroraison*. Enfin vous avez découvert, dans une de ses phrases, une figure de rhétorique mal soutenue. Ce dernier reproche est grave, sans doute; mais M. Bonnier l'a-t-il mérité? Il a écrit que certaines personnes, redoutant beaucoup, et pour cause, les épreuves des concours, aiment mieux *multiplier les visites et les démarches de toute nature auprès de l'autorité*, *terrain sur lequel elles se sentent plus fortes que sur celui des épreuves publiques.* Là-dessus vous signalez avec un dédain profond l'incorrection de cette métaphore, qui fait *de l'autorité un terrain*. Mais, monsieur, il me semble qu'ici vous commettez une méprise. Le mot *terrain* se rapporte à la préposition *auprès de*, qui est accolée au mot *autorité*. *Auprès de l'autorité*, c'est-à-dire dans les lieux où l'on rencontre l'autorité, où l'on se rapproche d'elle, où elle est le plus accessible aux manœuvres et aux sophismes des solliciteurs, où se présentent les occasions les plus favorables de se recommander, et, ce qui vaut encore mieux, de se faire recommander par ses amis. Cette proposition de M. Bonnier me paraît, à moi, incontestable quant au fond et très-admissible quant à la forme. J'avoue franchement que vous avez été beaucoup plus clair, ce qui est toujours une excellente chose, quand, parlant de l'*intrigue* qui fait nommer les magistrats, vous nous avez montré les futurs substituts *fréquentant le soir quelques-uns de ces salons ministériels ou politiques où se fait la fortune des jeunes*

gens [1]. Voilà évidemment le *terrain* dont M. Bonnier a voulu parler ; ce n'est pas l'*autorité ;* personne n'a jamais pu songer à dire pareille chose ; ce sont *les salons ministériels ou politiques.* Vous indiquez ce *terrain* d'une manière plus précise, plus satisfaisante que M. Bonnier : j'en suis tombé d'accord ; mais au demeurant, je le répète, sa phrase s'entend suffisamment.

Ce ne sont encore là que des vétilles. Ce qu'il y a de plus remarquable dans votre réplique, c'est sans nul doute *votre commencement*. Je me propose de l'examiner ici, non-seulement au point de vue de la politesse, mais encore au point de vue de la logique. Pour cela, il est bon de le transcrire d'abord en entier :

« M. Bonnier, dites-vous, professeur à l'École de droit de » Paris, vient d'imprimer, dans le numéro de décembre de la » *Revue du droit français et étranger*, un article intitulé : *Des* » *innovations projetées dans l'enseignement du droit, en ce qui* » *touche l'institution du concours*. Dans ce travail, d'un ton qui » tranche un peu sur la modération ordinaire de la Revue, M. Bon- » nier s'est proposé de réfuter les critiques que j'ai faites à di- » verses reprises de l'institution et de l'organisation du concours, » et d'en finir du même coup avec toutes les personnes qui n'a- » doptent point le rapport de la Faculté comme un *credo* scien- » tifique, et qui se permettent de soupçonner qu'un système qui » remplace M. Boitard par l'auteur du *Traité des preuves* n'est » peut-être pas toujours infaillible. »

Que de choses dans un alinéa ! Celui-ci mérite d'être étudié dans tous ses détails.

M. Bonnier, dites-vous, *s'est proposé d'en finir du même coup avec toutes les personnes qui n'adoptent point le rapport de la Faculté comme un* credo *scientifique*. Mais M. Bonnier n'a cité le rapport de la Faculté qu'à propos de la question du concours, ce qui était le sujet de son article. Or la Faculté traite ce point en très-peu de mots, tandis qu'elle s'étend fort longuement sur un grand nombre de questions posées par le ministre, telles que celles de la création d'une école spéciale administrative, de l'établissement de nouvelles chaires dans les facultés actuelles,

[1] Noviciat administratif, p. 587.

du dédoublement des anciennes chaires, de la distinction des cours en obligatoires et facultatifs, des diplômes spéciaux, du cumul des qualités de professeur de droit et d'avocat, etc., etc. M. Bonnier ne s'est point occupé de tout cela. Son article, encore une fois, n'a trait qu'à une seule question, celle du concours. Et pouvez-vous même savoir quel est au fond l'avis de M. Bonnier sur toutes les autres questions, et quels votes il a émis à ce sujet dans la délibération de la Faculté? Certes, vous ne prétendez pas conclure de l'opinion du corps à celle de chacun de ses membres [1]. D'ailleurs vous insinuez vous-même dans votre premier article (p. 296) que la majorité qui a rédigé le rapport *n'est peut-être qu'une minorité* [2]. Vous avez donc évidemment tort d'affirmer sans preuves que le rapport de la Faculté est le *credo* scientifique de M. Bonnier, et plus grand tort encore de reprocher à M. Bonnier de vouloir imposer aux autres ce prétendu *credo*, que vous ne lui avez jamais entendu réciter.

Ce n'est pas tout. Si l'on vous en croit, M. Bonnier s'est proposé aussi d'*en finir du même coup... avec toutes les personnes qui se permettent de soupçonner que le système du concours n'est peut-être pas toujours infaillible* [3]. En vérité, sur la foi de votre autorité, M. Bonnier va passer, auprès des lecteurs de votre *Revue*, pour un homme tout à fait intraitable, d'une intolérance et d'un despotisme d'opinions dont rien n'approche. Suivant vous, sa passion pour les concours dégénère même en une sorte de manie furieuse : *il veut en finir* avec tous ceux qui pensent modestement *que le système des concours n'est peut-être pas toujours infaillible*... que dis-je? avec tous ceux *qui se permettent*, non pas *de penser*, mais *de soupçonner que ce système n'est peut-être pas*, etc. Le voilà donc transformé par vous en un fanatique d'une espèce nouvelle et bien extraordinaire, qui, après avoir pris pour son *credo* un rapport de Faculté, traite en ennemi quiconque n'admet pas *l'infaillibilité... du concours*. Mais M. Bonnier a-t-il

[1] La Faculté (tous les professeurs étant présents, sauf deux dont l'un est en pays étranger), a été *unanime* sur la question du concours et sur d'autres, mais non pas sur toutes sans exception.

[2] Cette conjecture est, du reste, on ne peut plus mal fondée.

[3] Excusez-moi si je ne reproduis pas ici la petite épigramme qui termine votre phrase. J'y reviendrai tout à l'heure.

jamais prétendu que le système du concours fût *infaillible?* Certes, il n'y aura jamais rien d'infaillible dans les décisions des hommes; et, si M. Bonnier avait avancé une pareille énormité, je déclare que je l'abandonnerais tout net et le laisserais soutenir seul son étrange paradoxe. Tout au contraire, c'est vous, monsieur, qui aviez attribué l'infaillibilité à votre mode nouveau de nomination aux chaires, en affirmant que ce mode amènerait *à coup sûr* les hommes les plus capables, et c'est M. Bonnier qui vous a répondu que nulle institution humaine, y compris le concours, n'est à l'abri de l'erreur. Je reproduis textuellement le passage de son article :

« Il ne s'agit pas, dit M. Laboulaye, d'exclure les incapables, » mais de choisir *à coup sûr* le plus capable. *A coup sûr!* M. La- » boulaye a donc découvert un moyen infaillible de faire arriver » le plus capable? Mais ce moyen n'est autre que la nomination » sur présentation. Les académies sont donc plus infaillibles que » les Facultés? Le ministre qui choisit entre les candidats présentés » est-il lui-même infaillible? Quant à nous, nous sommes plus mo- » deste en défendant l'institution du concours. Nous ne préten- » dons pas qu'elle fera nécessairement arriver le plus capable; » aucune institution humaine n'est à l'abri de l'erreur. Nous » croyons seulement, en invoquant les simples lumières du bon » sens, qu'il y a plus de chances de bien juger quand on ne pro- » nonce que sur pièces et après examen[1]. »

Ce passage est-il assez décisif? Vous avez, monsieur, une tactique admirable pour battre vos adversaires; non-seulement vous leur prêtez les opinions d'autrui dont ils n'ont pas dit un mot, mais encore vous leur attribuez les vôtres après qu'ils ont pris le soin de les réfuter.

Enfin, monsieur, que voulez-vous dire au juste quand vous reprochez au système du concours d'avoir remplacé M. Boitard par l'auteur du *Traité des preuves* (M. Bonnier)? Qu'est-ce à dire? que M. Boitard était un professeur bien supérieur à M. Bonnier, et que l'infériorité de M. Bonnier est notamment démontrée par le *Traité des preuves?* Mais, en supposant tout cela vrai,

[1] *Revue de Droit français et étranger*, cahier de décembre 1845, p. 947.

quel argument en ferez-vous sortir contre le système des concours? M. Boitard, mort en 1835, était supérieur à M. Bonnier, nommé au concours en 1844 : donc le concours est une mauvaise institution. Voilà une manière de raisonner qui m'embarrasse singulièrement.

Elle me rappelle un autre raisonnement de même force, déjà fait par vous, qui consiste à dire que *l'histoire de Cujas est là pour condamner à jamais le concours*[1]. Quand même il serait aussi vrai qu'il est faux qu'en 1554 Cujas ait échoué dans un concours à Toulouse[2], de bonne foi, qu'en pourrait-on conclure en 1846? J'aimerais autant qu'on reprochât aux magistrats d'aujourd'hui la mort de Calas, ou qu'on voulût supprimer le jury à cause de la condamnation de Lesurque. Si des erreurs ou des abus isolés, fussent-ils même actuels et flagrants, suffisent pour condamner une institution, en est-il une seule des nôtres qui puisse résister à cette épreuve? La liberté de la presse, le système électif, la publicité des audiences au civil et au criminel, l'action du pouvoir parlementaire, etc., rien ne tiendrait devant ce système de la destruction de l'usage à cause de l'abus. Je remets de nouveau sous vos yeux, monsieur, les excellentes observations de M. Bonnier, sur lesquelles j'insiste d'autant plus qu'elles vous avaient plus complétement échappé. « Nous ne prétendons » pas, dit-il, que le concours fera nécessairement arriver le plus » capable : aucune institution humaine n'est à l'abri de l'erreur; » nous croyons seulement qu'il y a plus de chances, etc. »

Un dernier mot sur ce point. Considérez donc, je vous en supplie, que les deux hommes dont l'un est par vous, en haine du concours, si complétement sacrifié à l'autre, ont été tous deux nommés de la même manière, c'est-à-dire au concours. Que l'un des deux vaille mieux que l'autre, que peut-il en résulter en faveur de votre thèse?

Au fauteuil de Delille on place Campenon,

et si je prenais la peine de dresser ici la liste de tous les hommes

[1] De l'enseignement du droit en France, p. 53.

[2] Notre savant collègue, M. Benech, de Toulouse, sorti, lui aussi, du concours, a fait justice de cette ridicule histoire de Cujas.

médiocres qui, dans les académies française ou autres, ont succédé à des hommes d'un mérite vraiment supérieur, croyez-vous que cette liste ne serait pas bien longue? Mais quel serait le fruit de ces vaines recherches? prouverais-je de la sorte que le choix fait par les académies est un mauvais moyen de les recruter? Il est clair qu'un pareil argument serait détestable. En procédant à une élection, une académie fait ce qu'elle peut; elle n'a pas toujours un grand homme sous la main. D'ailleurs, par cela même que j'exalterais certains choix pour en rabaisser d'autres, je détruirais d'une main ce que de l'autre j'édifierais, puisque c'est toujours le même corps savant qui a appelé dans son sein l'homme médiocre d'aujourd'hui et le grand homme d'hier. Ce qui est vrai de la nomination d'un académicien n'est-il pas également vrai de la nomination d'un professeur? Plus j'y réfléchis, moins je puis comprendre cette proposition, qui est pourtant bien la vôtre : le système du concours est vicieux, car M. Boitard, nommé au concours[1] en 1833, était un plus habile homme que M. Bonnier, nommé au concours en 1844.

Sortant de ces généralités, oserai-je maintenant, ce qui est un peu plus délicat, vous demander quelles sont les bases du jugement que vous portez sur le mérite respectif de Boitard et de M. Bonnier? Avez-vous suivi leurs leçons, comparé leur enseignement? Si vous déclarez que oui, je m'empresserai de vous croire sur parole. Mais jusqu'à présent, permettez-moi de le dire, je doute beaucoup que vous ayez mis tant de soin à étudier et à comparer deux cours de procédure civile et criminelle, vous qui, de votre propre aveu, ne connaissez le nom des professeurs de mérite *que par le bruit public*, et *qui vivez en dehors du mouvement des Facultés*[2]. Bien mieux, nous voyons que, parlant du cours de *philosophie du droit*, auquel vous attachez avec raison une très-haute importance, après vous être plaint de ce qu'il n'existe dans tout le royaume que deux chaires où cette philosophie soit enseignée, l'une au collége de France, l'autre à la

[1] Aussi bien qu'Alban d'Hauthuille, mort prématurément comme Boitard, et que vous signalez ailleurs comme ayant seul, parmi les jurisconsultes français de nos jours, fait de bonnes dissertations sur le droit romain.

[2] De l'enseignement du droit, n° 14.

Faculté (sous le nom d'*Introduction générale à l'étude du droit*), et de ce que ces deux chaires sont confiées à la même personne, vous ajoutez, en parlant du titulaire, qu'*on le dit homme de mérite*, et que *vous n'avez rien à reprendre dans son enseignement, que vous ne connaissez pas.* Quoi! vous n'avez jamais eu la curiosité de prendre quelque connaissance personnelle de l'enseignement, *unique en France*, de la philosophie du droit, vous homme préoccupé des plus hautes théories et enflammé de l'ardeur la plus infatigable pour les progrès de la science! Et pourtant, les deux cours dont il s'agit se sont faits sans interruption, l'un au collége de France depuis 1822, l'autre à l'école depuis 1840. Mais, d'un autre côté, vous vous êtes mis en état de prononcer, en connaissance de cause, sur l'enseignement d'un professeur de droit criminel et de procédure, qui est en fonctions depuis moins de deux ans! Si cela est vrai, convenez du moins que cela n'est guère vraisemblable.

Votre jugement sur M. Bonnier se serait-il formé uniquement d'après le *Traité des preuves?* On pourrait être disposé à le croire, surtout en lisant votre dernière phrase, dont la pointe épigrammatique est si finement aiguisée. L'auteur du *Traité des preuves!* comment pourrait-il être bon professeur de droit criminel et de procédure civile? *Un système qui remplace M. Boitard par l'auteur du* Traité des preuves, *n'est peut-être pas toujours infaillible.* D'abord, M. Bonnier ne serait-il pas en droit de décliner votre compétence, que rien n'atteste jusqu'à présent, à juger de la valeur d'un traité théorique et pratique des preuves? Pourquoi non? vous déclinez bien, de votre côté, la compétence des Facultés de droit à reconnaître *quels changements les Valois ont introduits dans la législation française, quel est le caractère des établissements de saint Louis*, et *quelle est l'histoire des coutumes anglo-normandes du XIIIe au XVe siècle*[1]. Ce ton dédaigneux que vous prenez, en parlant d'un livre tel que le *Traité des preuves*, n'est pas de nature à nous édifier beaucoup sur la sûreté de votre jugement, quand il s'agit des théories du droit positif. Chacun sait que le livre de M. Bonnier a été accueilli avec

[1] Article de novembre, p. 367.

une faveur signalée, et j'en ai moi-même, à l'étranger, entendu faire le plus grand éloge par de savants professeurs, qui se tiennent bien au courant des productions de la France et de l'Allemagne. Voici, du reste, ce qu'en a dit, dans son rapport lu à l'Académie des sciences morales et politiques, un homme dont vous ne récuserez pas l'autorité, M. Ch. Giraud, inspecteur général des écoles de droit, votre collègue à *la haute commission des études de droit*[1] et à la direction de la *Revue de législation et de jurisprudence*. Après avoir dit que la théorie des preuves judiciaires est une des plus importantes de la science du droit, et indiqué les diverses bases philosophiques sur lesquelles peut reposer cette théorie, M. Giraud fait un exposé sommaire des matières traitées par M. Bonnier, qu'il appelle *jurisconsulte habile* et *logicien rigoureux*, et il termine son compte rendu en disant :

« Tel est l'ensemble de cette composition, qui a été accueillie » avec une faveur méritée, et qui place son auteur au rang de nos » jurisconsultes les plus dignes d'estime. M. Bonnier éclaire son » esprit au flambeau d'une saine philosophie, et son jugement » est nourri de la substance la plus solide du droit. Dans la partie » pratique de son livre, il discute l'application de chaque genre » de preuve; il résout avec décision et netteté les difficultés qui se » présentent dans la marche des procès, et il examine avec » une raison sûre les opinions des jurisconsultes qui l'ont précédé » dans sa laborieuse analyse. Sur chaque point, M. Bonnier pro» cède avec méthode, et s'exprime avec l'autorité que donne un » savoir mûr et réfléchi. Les aperçus sont nouveaux dans les ques» tions qui offrent les matériaux les plus abondants, et il a le » mérite rare de borner ses développements à des proportions » convenablement mesurées. On a justement signalé, comme » méritant l'attention spéciale des jurisconsultes, les chapitres » qui sont relatifs à la preuve testimoniale en matière civile » et à l'autorité de la chose jugée. En résumé, nous avons » trouvé, dans le livre de M. Bonnier, une production remar-

[1] Est-ce la *haute commission des études de droit*, ou la *commission des hautes études de droit?* Je ne sais au juste; car votre *Revue* emploie les deux formules.

» quable, conçue avec intelligence et exécutée avec sagesse [1]. »

Voilà, certes, un des plus beaux éloges qui se puissent faire du livre d'un jurisconsulte; et, après l'avoir lu, on doit présumer que, si les professeurs de droit étaient nommés sur l'examen unique des livres qu'ils ont publiés, M. Giraud eût été disposé à donner à M. Bonnier une place très-honorable sur sa liste de présentation [2]. Ce serait là pour lui une marche toute logique. Quant à vous, au contraire, monsieur, je perds complétement le fil de vos idées, lorsque je vous vois, d'une part, plaidant contre les concours, en faveur des présentations fondées sur les *titres antérieurs* des jurisconsultes, et, d'autre part, opposant avec mépris à la nomination de M. Bonnier, qui avant de concourir avait fait un bon livre, celle de Boitard, homme des plus distingués sans doute, mais dont l'aptitude extraordinaire pour le droit ne s'était révélée que par le concours, et qui n'avait imprimé que ses thèses quand on l'a placé dans la chaire où il s'est montré professeur consommé.

Permettez-moi maintenant de vous entretenir d'un fait qui ne concerne plus M. Bonnier personnellement, mais l'école de droit, et qui dans votre article du mois de novembre n'est point présenté sous son véritable jour. Voici ce dont il s'agit. Un arrêté du conseil royal de l'instruction publique, approuvé par le ministre, en date du 22 septembre 1843, a réglé, entre autres matières, celle des divers examens de Code civil, placés à la fin de chacune des trois années d'études; et ce règlement est fait de telle sorte que les professeurs sont obligés de suivre, ou à peu près, dans leur cours triennal, l'ordre même des articles du Code. La Faculté de Paris, dont cet arrêté est venu réformer la décision, avait décidé, plus de deux ans auparavant, que chaque professeur de Code civil distribuerait comme il le jugerait convenable son enseignement triennal, et que les élèves seraient toujours interrogés à l'examen d'après un programme des matières enseignées par leur professeur. Suivant la

[1] *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XIX, p. 146.

[2] Soit dit en passant, cette différence radicale que nous trouvons ici dans l'appréciation d'un même livre de droit, faite par deux membres de la *haute commission*, ne doit guère nous rassurer sur l'*infaillibilité* du mode de nomination qui a pour base unique ou principale le mérite des ouvrages publiés par les candidats.

Faculté, nul professeur ne devrait être assujetti à suivre dans ses leçons un plan qui ne fût pas le sien. Et en effet, pour un esprit de quelque valeur, toutes les parties d'une science se lient et s'enchaînent dans un ordre qui tient à la manière de penser et de juger; et, comme je l'ai dit ailleurs en traitant le même sujet, imposer une méthode scientifique, c'est en réalité imposer des opinions. La décision de la Faculté était d'ailleurs en harmonie parfaite avec l'art. 38 du décret du quatrième jour complémentaire an XII, où il est dit que les étudiants seront interrogés, non pas sur telle ou telle partie du Code, *mais sur les matières qui leur auront été enseignées*. Or, je vous le demande, monsieur, si pour un instant nous supposons les rôles complétement intervertis, si nous supposons que l'école de Paris eût prescrit pour l'ordre de l'enseignement la coupure du Code civil en trois parties à peu près égales, celle du commencement, celle du milieu et celle de la fin (à l'imitation des glossateurs, qui partageaient le Digeste en trois morceaux, *le vieux*, *l'infortiat* et *le nouveau*), et que le ministre, en conseil royal, eût cassé cette décision et proclamé la liberté des méthodes, y aurait-il eu, dans certains écrits, assez de sarcasmes, de huées, de camouflets pour la malencontreuse Faculté? Et que n'eût-on pas dit à la louange de ces esprits supérieurs, de ces *hommes éminents* qui luttent avec tant de succès contre la routine et les préjugés de l'école; qui, sans compter les chaires par eux données à d'autres *hommes éminents* de leur connaissance, opèrent tant de réformes heureuses dans l'enseignement du droit! Et vous même, monsieur, tout désintéressé que vous êtes personnellement dans ces questions, n'auriez-vous pas, à en juger par le ton général de vos derniers articles, glorifié l'œuvre du ministre, et flagellé de l'ironie que vous maniez si bien les habitudes surannées et scolastiques de la Faculté?

Mais malheureusement il se trouve que c'est l'école qui veut le progrès, et que c'est l'autorité au contraire qui rétablit les choses sur l'ancien pied. Quelle opinion exprimerez-vous alors sur cette remarquable situation? Dans votre article de novembre [1], après avoir

[1] *Revue de législation*, p. 328.

dit d'excellentes choses sur la liberté dont le professeur doit jouir, après avoir critiqué la gêne qu'on lui impose en l'obligeant à suivre l'ordre d'un Code, vous passez à la narration des faits que je viens de rappeler. Mais ici, chose surprenante et fort inattendue ! grâce à la merveilleuse habileté de votre style, c'est la Faculté qui a l'air de jouer le rôle ridicule, tandis que le pouvoir n'est pas le moins du monde maltraité. Vous veniez de dire : « *Au point de vue scientifique, une telle gêne* (la gêne de suivre malgré soi l'ordre du Code) *peut-elle se défendre ?* » Puis arrive l'histoire du fameux règlement. Pour aller plus vite, j'ajouterai à votre texte, chemin faisant et sans désemparer, les réflexions et au besoin les rectifications nécessaires.

Néanmoins, dites-vous, *on a vu, il y a quelques années, la première Faculté du royaume en feu pour une aussi grave question* (la Faculté n'a point été *en feu;* la question était *grave* sans doute, vous l'avez prouvé vous-même : c'était la question de la liberté des méthodes d'enseignement). *Il y a eu délibération, discussion* (comment un changement aussi notable aux usages reçus se serait-il fait sans délibération? et qu'est-ce qu'une délibération sans discussion?), *partage de voix* (c'est vrai), *et la liberté menaçait, dit-on, de l'emporter, grâce à la voix prépondérante du doyen* (grâce à la voix prépondérante du doyen, M. Blondeau, la liberté l'a emporté réellement. Pendant trois années, M. Oudot et moi, nous avons fait notre cours de Code civil sur un plan autre que celui de l'ordre du Code, et nos élèves ont été interrogés chaque année d'après le programme que nous avons déposé), *quand le ministre lui-même est intervenu pour faire tout rentrer dans l'ordre accoutumé* (Ne dirait-on pas d'un magister accourant au bruit qu'on fait dans la classe?). *L'intérêt de l'examen exigeait cette mesure, et le ministre avait peut-être raison en ce point.* (Monseigneur, en effet, ne saurait avoir tort.)

Après cette belle chute, vous rejetez, il est vrai, tout le mal sur les examens, que vous voyez presque d'aussi mauvais œil que les concours; ce dont je n'ai pas à m'occuper en ce moment. Toujours est-il cependant qu'à vous entendre, et sauf le petit correctif résultant du mot *peut-être*, le ministre a eu raison d'en re-

venir au vieil usage changé par la Faculté. Mais sérieusement, est-il possible de croire que tel soit votre avis?

D'abord, si, en réalité, l'intérêt de l'examen exigeait que, pour l'enseignement, le Code civil fût coupé en trois parties égales et toujours les mêmes, quels pouvaient être les meilleurs juges de cette nécessité? Sans nul doute, les professeurs : car enfin sur eux seuls devait peser la difficulté et la gêne de passer d'un programme à l'autre, suivant la nature des cours suivis par les élèves. On comprendrait très-bien le résultat inverse déjà indiqué plus haut, c'est-à-dire qu'une Faculté, enracinée dans ses habitudes et dans une sorte de routine d'examens, ayant refusé d'admettre la variété des programmes, le pouvoir vînt, armé du bon sens et du bon droit, protéger la liberté du professeur. Mais n'est-il pas étrange que, lorsque les professeurs eux-mêmes, adhérant à des tentatives dont le but définitif est de jeter plus de vie et de mouvement dans les études, consentent à faire marcher l'examen à la suite du cours, au lieu de mettre le cours à la remorque de l'examen, le pouvoir s'en vienne, soucieux de leurs aises et de leurs antiques habitudes, leur enjoindre de rentrer dans l'ornière? Cela vous paraît naturel, et même raisonnable; quant à moi, je ne puis assez m'en étonner.

D'ailleurs, si vous voulez bien parcourir cet étrange règlement du 22 septembre 1843, vous y verrez (article 2) que, dans le deuxième examen de baccalauréat, les élèves doivent être interrogés *sur les parties du Code d'instruction criminelle que le professeur aura expliquées*. Or, je serais fort curieux de savoir pourquoi l'*intérêt de l'examen* exige l'uniformité de l'enseignement pour le Code civil et ne l'exige pas pour la procédure criminelle. C'est encore ici tout l'opposé qui se présenterait le plus naturellement à l'esprit; car dans la procédure criminelle les principes généraux, quoique fort importants, sont beaucoup moins nombreux que dans le droit civil, et donnent lieu à bien moins de difficultés et de combinaisons variées. L'établissement d'une distribution uniforme et officielle des matières serait donc bien moins gênant pour le professeur de procédure criminelle que pour le professeur de droit civil. Nous invitons les prôneurs des larges et intelligentes innovations faites dans ces dernières années aux règle-

ments des Écoles de droit à nous donner le mot de cette énigme, s'ils en ont connaissance [1].

Mais laissons là tous ces détails que vous trouverez, et avec raison, très-peu intéressants. Prenons le nouveau règlement pour bon, et admettons qu'une règle uniforme était vraiment nécessaire à l'examen. Qu'en résulte-t-il? C'est que la *délibération* et la *discussion* qui ont eu lieu dans le sein de la Faculté sont pleinement justifiées et que vos plaisanteries sur le peu de gravité de la question forment un véritable non-sens. Comment, en effet, une question relative à l'enseignement ne serait-elle pas grave, lorsque, de votre propre aveu, elle consiste dans le problème suivant : Réaliser une excellente réforme, en évitant des difficultés pratiques qui paraissent insurmontables? Comment, aujourd'hui même, monsieur, voteriez-vous sur cette question, si vous aviez à le faire? D'un côté, les partisans de la réforme feraient appel au libéralisme bien connu de vos principes, qui sont le *laissez faire*, *laissez passer*, en matière d'enseignement du

[1] On ne peut se faire une idée, je ne dis pas seulement du profond dédain pour la dignité de l'enseignement, mais de l'incroyable négligence dont ce règlement porte l'empreinte. Ainsi, ne voulant pas que l'examen de procédure civile portât sur le Code tout entier, au lieu d'y faire un choix des matières les plus importantes, on n'a rien trouvé de mieux que de désigner en bloc les livres II, III et IV, à l'exclusion des livres I et V (on veut sans doute parler des livres de la *première partie* du Code de procédure, car la *deuxième partie* ne contient que trois livres; mais on ne prend pas la peine de s'en expliquer). Avec cette belle division, dont les inventeurs de l'*Infortiat* eussent été jaloux, on retranche de l'examen des matières fondamentales et du plus haut intérêt pratique, les *actions possessoires*, les *règles générales et particulières sur l'exécution forcée des jugements et actes*, les *arbitrages* et même les *dispositions générales* qui se trouvent placées à la fin du Code. En revanche, on comprend dans l'examen, avec tous les détails de texte, les *instructions par écrit* (en une année il y en a eu sept au tribunal de la Seine, sur dix mille affaires!), les *vérifications d'écriture* (il y en a eu douze sur le même nombre d'affaires!), les *visites de lieux*, les *rapports d'experts*, les *récusations*, matières ou peu intéressantes ou peu pratiques, mais qui ont l'avantage de figurer dans les bienheureux livres II, III et IV. — Quant au Code civil, le règlement (art. 1er) dit que le premier examen portera sur les deux premiers livres, *en retranchant du titre IV les deux premières sections du chapitre* 3. Mais quel est ce titre IV? est-ce celui du premier ou celui du second livre? On a oublié de le dire. Le second examen embrasse les quatre premiers titres et le titre XX du troisième livre du Code civil, et le troisième examen *tout le reste du Code.* En sorte que les *dispositions générales* contenues dans les articles 711 à 717, qui ne font partie d'aucun titre, mais qui sont comme l'introduction du troisième livre, devraient à la rigueur être rejetées à la troisième année, après que le professeur aurait expliqué cinq des titres de ce livre. Tout cela s'est fait, bien entendu, sans que l'on eût daigné prendre l'avis des Facultés de droit.

droit ; ils vous rappelleraient votre formule favorite : *liberté pour le professeur*. D'un autre côté, le ministre vous représenterait la nécessité pratique des examens : car enfin il faut bien les faire, au moins provisoirement, puisqu'ils entrent et dans le système d'études établi par la loi, et de plus, ce qui n'est pas de mince considération par le temps qui court, dans les prévisions du budget. Prendre parti serait alors pour vous chose bien difficile ; et déjà, dans votre article même, on voit percer votre embarras quand vous touchez ce point. Vous riez, et vous avez raison ; cette affaire est passablement ridicule. Mais vous voulez avoir l'air de rire aux dépens de la Faculté, et en ceci vous avez tort. Vous-même le sentez bien, et, votre loyauté répugnant à cette petite manœuvre, vous riez d'un air contraint et de mauvaise grâce. Je conviens, du reste, que votre position était ici très-délicate et que l'on serait embarrassé à moins.

Je dois m'arrêter, afin de ne pas abuser de votre patience. Je laisse à M. Bonnier le soin d'examiner les idées, bien nouvelles sans doute, que vous émettez sur l'organisation de l'enseignement du droit, et qui tendent au bouleversement total de ce qui existe. Je me bornerai à dire qu'à cet égard nous différons tout à fait d'opinion. J'ai toujours pensé qu'assurément il ne faut pas renfermer l'enseignement du droit dans des limites trop rétrécies, qu'il faut lui donner tous les développements convenables, et aussi l'éclairer par l'histoire ; mais qu'en somme et avant tout cet enseignement doit être ce que la loi du 22 ventôse an XII a voulu qu'il fût, c'est-à-dire positif et d'un intérêt pratique au moins indirect, susceptible de se traduire en formules nettes et précises, et par conséquent de servir de matière à des examens et même à des concours. Quel est au contraire votre principe fondamental ? C'est de permettre au professeur de se jeter à son gré dans toutes les investigations philosophiques ou historiques, même les plus incertaines et les plus étrangères au droit positif. De là vous arrivez à restreindre beaucoup ou même à supprimer les examens, et vous niez la possibilité des concours ; en quoi vous êtes parfaitement conséquent. Ce que vous créez est une sorte d'académie de droit et de législation, en prenant ces mots dans leur acception la plus large. Ce que je désire moi, ce sont des écoles, destinées à ensei-

gner le droit comme science proprement dite, de même qu'on enseigne ailleurs les langues anciennes, les mathématiques, la médecine ou les sciences naturelles. L'étude abstraite des divers systèmes philosophiques, qui se renversent les uns sur les autres, comme on le voit de nos jours en Allemagne, me semble tout à fait déplacée dans une école de droit; et quant aux recherches historiques, je les repousse, surtout à l'égard des simples licenciés, lorsqu'elles sont d'érudition toute pure, et qu'elles ont trait à des institutions dont la connaissance n'a que très-peu ou point d'importance pour l'étude du droit actuel. Ce n'est pas que je ne fasse très-grand cas des travaux de haute érudition historique, surtout quand ils ont la valeur de ceux que nous devons à votre plume; mais il me semble que, dans les écoles de droit, le luxe ne doit pas absorber le nécessaire, et que trois années sont déjà bien courtes pour apprendre les éléments de l'histoire de notre droit et pour acquérir des notions assez complètes sur le droit romain, le droit civil, le droit commercial, la procédure, le droit administratif et le droit criminel.

Quant au collége de France, je consens de grand cœur à ce qu'on y établisse, comme vous le demandez subsidiairement (et toujours, j'en suis convaincu, dans les vues les plus désintéressées) [1], des chaires où s'enseigneront *l'histoire de nos institutions*, *la philosophie du droit* [2], *le droit canonique*, *la législation comparée* [3]; mais je nie que cela doive avoir pour résultat, comme vous l'affirmez, de constituer au Collége de France *la véritable Faculté de droit*. Demandez au public *quelle est la véritable Faculté de droit*, de celle où l'on étudie uniquement l'histoire et la philosophie du droit, le droit canonique et la législation comparée, ou bien de celle où l'on étudie principalement, et même, si vous le voulez, trop exclusivement la législation fran-

[1] Article de novembre, p. 296.

[2] *La philosophie du droit!* Mais n'est-elle pas déjà enseignée au collége de France et à l'école de droit par ce professeur dont vous avez entendu attester le mérite, et dont vous ne louez ni ne critiquez l'enseignement, parce que *vous ne le connaissez pas?*

[3] N'y a-t-il pas aussi au collége de France une chaire de *législation comparée*, occupée jadis par M. Lerminier et aujourd'hui par M. Rapetti? Quant au cours d'histoire du droit, il existe déjà dans l'école de Paris.

çaise actuelle, et vous verrez s'il hésitera un instant et s'il vous donnera gain de cause.

Votre erreur capitale, suivant moi, est aujourd'hui de vouloir donner aux écoles de droit une destination trop philosophique et historique, ce qui ne pourrait manquer de nuire aux résultats pratiques, dont l'importance me paraît devoir être mise en première ligne. *La science pour la science!* dites-vous, *telle doit être la devise des professeurs et des étudiants* [1]. Et plus haut, vantant les Facultés de droit allemandes, comme bien préférables aux nôtres, vous dites aussi : « En France, la fin immédiate des » études, c'est de faire des licenciés; *chez nos voisins, au con-* » *traire, la fin essentielle, c'est la science*... la Faculté vit de sa » vie propre, se suffit à elle-même et a sa fin en elle-même : car » *cette fin, c'est la science, et non le service public*. Sans doute, » elle sera la pépinière d'où sortiront la jeune magistrature et le » jeune barreau; mais *cette perspective ne doit exercer aucune* » *influence sur la nature de l'enseignement* [2]. »

A cet égard, vos idées ont bien changé; en 1839, vous écriviez tout au contraire [3] : « Il ne faut pas séparer dédaigneusement l'É- » cole de la pratique des affaires : car, *si l'École ne forme pas* » *des gens habiles dans la pratique, elle n'est bonne à rien : les* » *savants se formeront fort bien hors d'elle et sans elle. Ce que* » *l'École doit former avant tout, ce sont de bons avocats, de* » *bons notaires, de bons juges; car, sur les mille jeunes gens* » *qui sortent chaque année de nos écoles, combien peu seront dé-* » *putés, publicistes, savants ou professeurs!* » Je conviens que, dans cette même brochure, vous proposez un plan d'organisation de l'enseignement, où vous faites entrer plusieurs cours d'histoire et de philosophie du droit. Mais toujours est-il certain qu'ici vous avez dû considérer cette partie de l'enseignement comme purement auxiliaire, puisque, suivant vous, l'École *n'est bonne à rien, si elle ne forme pas des gens habiles dans la pratique, de bons avocats, de bons notaires*, etc., attendu que *les savants*

[1] Article de novembre, p. 305.

[2] Cette idée est reproduite sous vingt autres formes dans diverses parties du même article.

[3] De l'enseignement du droit en France, p. 21.

se formeront fort bien hors d'elle et sans elle. Si cela était vrai alors, comment est-il vrai, aujourd'hui, que la *fin essentielle de la Faculté soit la science, et non le service public*[1]?

Peut-être y a-t-il, à tout cela, une conciliation que je n'ai pas su découvrir. Quoi qu'il en soit, ne croyez point que je ne recherche en ce moment que le vain plaisir de mettre un homme d'esprit en contradiction avec lui-même. Six années sont bien longues! Et quel est celui dont les opinions ne se modifient ou même ne se transforment jamais? J'ai cru seulement qu'il m'était permis de m'emparer contre vous de vos propres écrits, pour montrer que votre nouveau système n'a point, par lui-même, un caractère de vérité et d'évidence aussi irréfragable que vous paraissez le supposer, et que, dès lors, il serait mieux de le préconiser d'un ton moins dogmatique, et, passez-moi le mot, moins tranchant.

Je m'arrête ici, réservant pour une autre époque les observations que je compte vous présenter sur une question à laquelle j'ai beaucoup réfléchi : celle des concours.

Je suis, monsieur, avec la haute considération qui est due à votre talent,

Votre très-humble et très-obéissant serviteur,

A. VALETTE.

[1] Il me semble aussi qu'en 1839 vous n'étiez pas disposé à accorder aux étudiants, comme vous le faites aujourd'hui, le droit absolu de régler à leur guise l'ordre de leurs cours et de leurs études; car vous proposez (p. 37) une distribution des cours entre les quatre années de droit, en disant que c'est là *l'ordre dans lequel se donneront les leçons*, sans indiquer en aucune façon que votre plan doive être purement facultatif pour les élèves. Vous ajoutez même, à l'appui de l'ordre indiqué, cette maxime que je ferais volontiers graver en lettres d'or : *Une science mal apprise est souvent plus dangereuse qu'une ignorance absolue.*

Du système allemand et du système français quant à l'organisation de l'enseignement du droit.

Par M. E. BONNIER, professeur à la faculté de droit de Paris [1].

Aux époques de crises révolutionnaires, lorsqu'un peuple répudie brusquement toutes les traditions du passé, le législateur se laisse souvent entraîner par un zèle aveugle pour certaines théories préconçues, au point de vouloir changer le caractère national par l'inoculation de mœurs et d'institutions étrangères. C'est ainsi qu'on s'est efforcé assez longtemps, mais sans succès, de transformer les Français en Grecs et en Romains. On nous propose aujourd'hui un système qui consisterait à tenter quelque chose de semblable dans le domaine de la science. Il s'agirait de transplanter dans nos facultés de droit les institutions et les habitudes germaniques, sans tenir compte de notre génie national, qui peut se modifier sans doute, mais non se détruire dans ses éléments essentiels. Or ce génie est précisément l'opposé des tendances qui dominent au delà du Rhin. Successeurs sous ce rapport des Romains, dont la civilisation a laissé une si forte empreinte dans notre langue, nous sommes essentiellement portés vers la pratique, non vers une pratique étroite et inintelligente, mais vers celle qui tend à réaliser dans la sphère des faits les théories les plus élevées. L'Allemagne, au contraire, n'a-t-elle pas toujours été le foyer de l'érudition désintéressée et des systèmes abstraits en philosophie? Voyez, dans ces derniers temps, quelle profonde divergence sépare les tendances des deux nations : tandis que la France se livre tout entière à la double tâche de sa reconstitution à elle-même et de la propagation de ses idées par la conquête, l'Allemagne n'aspire à faire des révolutions et des conquêtes que dans le domaine de l'abstraction, et ce sont ses hardis penseurs, Kant, Fichte, Hegel, qui sont ses Mirabeau et ses Napoléon.

[1] *V.* notre cahier de décembre, p. 943.

Chacune de ces vocations a sa grandeur, mais ni l'une ni l'autre ne doit être exclusive. A mesure que les deux nations entreront dans des relations plus intimes et apprendront à se mieux connaître, il s'établira entre elles un échange d'idées qui tournera à leur avantage réciproque. La France donnera plus de place, dans ses études, aux investigations scientifiques, et un esprit plus pratique viendra modifier les vieilles habitudes de l'Allemagne. Tous les hommes éclairés doivent hâter ce rapprochement de leurs vœux et de leurs efforts. Est-ce à dire qu'il convienne d'implanter brusquement dans un pays les méthodes en vigueur dans le pays voisin? La France ne doit pas sans doute prétendre qu'il n'y a rien de bon et d'utile en dehors de ses institutions et de ses habitudes. Mais il ne serait pas plus raisonnable de tomber dans l'excès contraire, et d'exalter outre mesure un système, par cela seul qu'on le trouve établi chez les populations germaniques.

Telles sont les réflexions que nous a suggérées la lecture des développements sur l'enseignement du droit en France, récemment publiés par M. Laboulaye [1]. A en croire le hardi novateur qui a écrit ces pages, tout est admirable dans l'organisation allemande, tout est mauvais dans l'organisation française. Il prendrait volontiers pour devise, en modifiant un peu la fameuse pensée de Pascal sur les Pyrénées : *Vérité au delà du Rhin, erreur en deçà.* C'est déjà une présomption bien grave contre un système que ce caractère exclusif. Il est assez difficile de croire *à priori* que la France se soit complétement trompée dans la direction qu'elle a donnée aux études juridiques, tandis que l'Allemagne serait arrivée en ce point à la perfection absolue. Nous allons essayer de faire voir, au contraire, que le bon sens et l'expérience repoussent cette prétendue nécessité d'une réforme radicale, et que, si nos institutions sont susceptibles d'amélioration en certaines parties, elles peuvent dans leur ensemble soutenir avantageusement la comparaison avec les institutions germaniques.

Mais, avant d'aborder en détail les innovations proposées, il

[1] *Revue de législation et de jurisprudence*, numéro de novembre 1845.

convient de nous expliquer sur une assertion qui est le point de départ de tout le système, et contre laquelle nous demandons la permission de nous inscrire en faux. Nous voulons parler des plaintes trop souvent répétées sur la prétendue faiblesse des études de droit en France. Il importe de rétablir la vérité sur ce point; car des autorités plus imposantes encore que celle de l'honorable écrivain ont fait entendre avant lui ces mêmes plaintes. Mais la déclaration d'un homme, fût-il ministre, ne dispense point de prouver, surtout lorsqu'il s'agit d'une accusation aussi grave, lorsqu'on présente comme entaché d'un vice radical l'enseignement de l'une des branches les plus importantes des sciences sociales. Et cependant le croirait-on? Dans les *Réflexions sur l'enseignement du droit en France*, où se trouvent de minutieux détails sur les programmes des universités allemandes, aucune justification sérieuse ne vient à l'appui des reproches articulés contre nos écoles françaises. Il semble qu'aux yeux de certains hommes, la faiblesse de l'enseignement français soit devenue un axiome incontestable. Il ne nous sera pas difficile de démontrer que ces accusations ne reposent sur aucune base solide. Mais qui ne sait qu'à force de répéter une assertion, fût-elle manifestement contraire à la vérité, on finit par la faire accepter à bien des esprits, qui ne se donnent point la peine d'examiner par eux-mêmes? Il importe donc de réduire à leur juste valeur les griefs allégués par les novateurs contre nos Facultés, griefs qui peuvent se ramener à deux prétendus vices fondamentaux : médiocrité du personnel et faiblesse des études.

En ce qui touche le personnel, nous serons bref; car on pourrait nous accuser encore de combattre *pro aris et focis*. Mais, sans faire allusion à aucune personne en particulier, nous demanderons seulement s'il est bien établi qu'il faille absolument aller à Berlin ou à Bonn pour trouver des professeurs distingués dans la science du droit. Loin de nous la pensée de vouloir élever le moindre doute sur la capacité des hommes dont les noms sont cités avec tant de complaisance par M. Laboulaye. Les exagérations des admirateurs de l'Allemagne ne nous rendront pas injuste en sens inverse; nous voudrions soumettre la question à ces honorables professeurs eux-mêmes. M. de Lan-

cizolle et ses collègues ne seraient-ils pas blessés si on voulait leur réserver exclusivement la qualification d'*hommes éminents*, tandis que les noms les plus illustres de nos écoles françaises ne pourraient aspirer qu'à l'épithète de *professeurs convenables* [1] ? Que M. Laboulaye éprouve quelque reconnaissance pour l'Allemagne, où l'université de Tubingue vient de lui décerner un diplôme de docteur en droit, en l'appelant *virum prænobilissimum atque doctissimum*, rien de plus naturel. Mais il est permis de rendre justice aux célébrités de l'Allemagne, sans rabaisser outre mesure la valeur de nos Facultés. Pourquoi tant de bienveillance pour les étrangers, et si peu de souci de nos illustrations nationales ? M. Laboulaye lui-même, à une époque où il était moins absolu dans ses idées de réforme, a qualifié bien sévèrement ces attaques qui ne datent pas d'aujourd'hui. *Dans les reproches adressés aux professeurs*, a-t-il dit [2], *il y a souvent* UN PEU D'AMERTUME ET QUELQUEFOIS DE RIVALITÉ.

Arrivons aux accusations dirigées contre la faiblesse des études. Ici la réponse sera facile, il nous suffira d'invoquer l'évidence des faits. Les cours de nos écoles de droit, bien que les appels soient tombés en désuétude, ont-ils jamais été à aucune époque plus suivis qu'ils ne le sont actuellement ? La sévérité des examens, qui est loin de s'affaiblir, empêche-t-elle un grand nombre de candidats de subir avec honneur leurs épreuves ? Les concours établis depuis 1840 n'ont-ils pas révélé chez les étudiants de troisième année un travail et une intelligence remarquables, et chez les docteurs et aspirants au doctorat la plus heureuse alliance des connaissances philosophiques et historiques avec la science du droit ? Plusieurs des mémoires de nos docteurs ont été publiés [3]. Que les détracteurs des méthodes françaises prennent seulement la peine de lire ces mémoires, et s'ils ont un peu de bonne foi, ils seront obligés de convenir qu'ils se sont trop hâtés de condamner ce qu'ils ne connaissaient pas, et qu'un système qui produit de pareils résultats est loin d'être frappé de stérilité. On

[1] *Revue de législation*, même numéro, p. 365.
[2] De l'enseignement du droit en France, p. 3.
[3] Voir les travaux publiés par MM. Vidal, Pepin Lehalleur, Sapey, Demangeat, de Nyon, Ginoulhiac et Besnard.

nie le mouvement de l'enseignement du droit, mais c'est en marchant toujours que l'enseignement du droit répond à ces attaques de l'aveuglement et de la passion. Que l'on compare l'état des études il y a trente ans avec leur état actuel, et l'on reconnaîtra quels immenses progrès se sont réalisés dans cet intervalle ? Nous ne craignons pas d'être démenti en affirmant que beaucoup d'étudiants aujourd'hui sont plus instruits que ne l'était il y a trente ans plus d'un professeur. Que veut-on dire dès lors, quand on nous parle de professeurs *pour qui Gaius n'a point été découvert*[1] ? Certes, ces professeurs ne se trouvent point à la Faculté de Paris, où les antiquités de la législation romaine sont exploitées avec un zèle infatigable ; et, si on voulait trouver des hommes *éminents* du reste, mais peu au courant des progrès de la science en droit romain, ce serait plutôt, nous l'affirmons sans crainte, dans les rangs des novateurs qu'il faudrait les chercher.

Il y a sans doute chez nous des étudiants qui ne travaillent point. Mais, avec une organisation toute différente de la nôtre, il y en a aussi beaucoup en Allemagne : il paraît même que les cours, à quelques exceptions près, y sont moins suivis qu'en France[2]. Le mal dont on se plaint n'a donc rien de réel. Aussi faut-il remarquer que ceux qui font entendre ces plaintes sont presque toujours des personnes placées en dehors du mouvement de nos écoles. Parce que les cours de la Faculté de droit n'ont point le même retentissement extérieur que ceux de la Sorbonne et du Collége de France, parce qu'on ne s'y écarte point des questions scientifiques pour se lancer dans la polémique du jour, ces personnes ont accusé l'enseignement d'être immobile : aveugles,

[1] *Revue de législation*, numéro de novembre, p. 348.

[2] Il y a à Paris beaucoup d'étrangers, et surtout d'Allemands, qui suivent avec le plus vif intérêt les cours de notre faculté, si dépréciés par certains novateurs. L'un d'entre eux, un docteur allemand, nous a communiqué le résultat de son expérience personnelle sur l'état de l'enseignement au delà du Rhin. C'est en ajoutant à nos propres observations son témoignage et celui de plusieurs de ses compatriotes, que nous avons pu réduire à leur juste valeur les assertions de M. Laboulaye sur la supériorité du système germanique. Après avoir fait toutes ses études de droit dans son pays, ce jeune docteur est venu visiter la France et l'Angleterre. Il a d'abord passé deux ans dans ce dernier pays, et il se livre maintenant tout entier à l'étude du droit français. Eh bien ! le résultat de ses investigations consciencieuses est tout en faveur du système suivi chez nous.

qui ne consentent à reconnaître la vie scientifique que dans l'agitation et dans l'appel aux passions du dehors, qui ne s'aperçoivent pas que tout ce bruit est funeste aux études sérieuses, et que le calme de nos écoles de droit tient précisément à ce qu'elles ont su éviter les deux écueils signalés par M. de Salvandy, dans son rapport au roi du 20 février 1845 : *la frivolité et la politique!* Cette erreur chez quelques-uns, une secrète ambition chez d'autres [1], ont contribué à propager l'idée qu'une réforme radicale était devenue nécessaire. Mais on n'a jamais réussi à démontrer sérieusement cette nécessité, et cela par une excellente raison, c'est que les faits, ainsi que nous venons de le voir, répondent d'une manière victorieuse à une aussi injuste accusation. Ce n'est point qu'il n'y ait des réformes partielles utiles à réaliser, ainsi que nous le verrons dans la suite de ce travail. Mais, ce qu'il est essentiel d'établir, c'est que les bases de notre organisation sont bonnes, et que dans l'ensemble, comme pour la question spéciale du concours, améliorer en conservant est la seule marche à suivre, si l'on veut consulter la raison et l'expérience.

Le plan de réforme, qui n'est autre que la reproduction pure et simple du système allemand, a été résumé par son auteur lui-même, en deux mots : *Liberté pour l'étudiant, liberté pour le professeur. Liberté*, voilà qui sonne bien à l'oreille ; cette annonce seule de *liberté* peut entraîner les suffrages des esprits superficiels. Mais les hommes sages, qui savent combien on abuse de ce mot, iront au fond des choses, et voudront s'assurer de la valeur pratique du système proposé, sans s'arrêter à cette brillante étiquette.

Nous ne nous occuperons aujourd'hui que de ce qui concerne la liberté de l'étudiant.

[1] M. Laboulaye, qui nous accuse d'en imposer à nos lecteurs, quand nous signalons des manœuvres malheureusement trop réelles, parle lui-même (*Revue de législation*, p. 344) *d'ambitions cachées qui poussent au changement uniquement pour s'élever*. Nous n'avons jamais dit autre chose.

I. De la liberté de l'étudiant.

Bien des hommes graves se préoccupent de nos jours du danger moral que présente l'extrême liberté qui est laissée à la jeunesse de nos écoles. « On reproche avec raison, à l'enseignement public, » a dit M. de Salvandy, en 1838, dans son exposé à la haute commission des études de droit, « de ne pas faire assez pour » l'éducation; c'est surtout pour l'enseignement supérieur que » cette objection a été fondée jusqu'à ce jour. » C'est dans ce but qu'on a quelquefois proposé l'adoption de l'internat, mesure qui nous paraît impraticable, du moins à Paris. Il y aurait plus de danger que d'avantage à caserner trois mille étudiants. Ce que nous concevons seulement, c'est l'idée émise par M. Guizot, lorsqu'il était ministre de l'instruction publique, d'écoles normales pour l'enseignement supérieur, comme il y en a pour l'instruction secondaire et pour l'instruction primaire elle-même. Il convient que ceux qui se vouent à la carrière du professorat reçoivent de bonne heure une direction spéciale, et contractent l'habitude d'un travail régulier et suivi[1].

Quoi qu'il en soit, on s'était toujours plaint, jusqu'à présent, d'un excès de liberté. Il était réservé à M. Laboulaye d'envisager la question sous un point de vue diamétralement opposé, et de réclamer sérieusement l'affranchissement de l'étudiant. Sans doute, on ne peut se le dissimuler, attaquer les examens, qui sont actuellement la seule garantie du travail des jeunes gens, c'est relâcher les liens déjà bien faibles de la discipline, c'est donner un encouragement direct à la paresse. Mais qu'importe? *L'État*, dit-on, *ne doit rien aux paresseux*, *aux débauchés*, *aux incapables.* Il est vrai que l'État ne doit pas de faveur aux paresseux et aux débauchés; mais l'État doit aux familles de ne point favoriser la paresse et la débauche. Or il suffit d'interroger l'expérience journalière pour reconnaître que supprimer les ga-

[1] Ces écoles normales n'auraient point le monopole des places vacantes; elles ne feraient que préparer au concours, auquel tout docteur serait toujours admissible, ainsi que cela se pratique dans les concours d'agrégation pour l'instruction secondaire.

ranties du travail, ce serait assurer la prospérité, non des Facultés, mais de certains établissements où l'on s'occupe de toute autre chose que d'études scientifiques. Il serait à désirer, nous l'avouons, qu'on ne travaillât qu'en vue de la science pure, et non de telle ou telle épreuve à subir. Mais il faut prendre les hommes tels qu'ils sont. Ne voit-on pas que partout, même dans les carrières qui offrent la perspective, non d'un simple diplôme, mais d'une profession assurée, comme à l'École polytechnique, un travail soutenu ne s'obtient qu'à l'aide d'examens multipliés ?

Ici, nous devons le dire, le plan de réforme, qui paraît hardi, ne l'est point encore assez, pour peu que l'auteur se pique d'être logicien. Les examens, qui sont si vivement attaqués, n'ont rien de particulier à l'École de droit. On les trouve dans toutes les branches de l'instruction, et, pour ne parler que de l'enseignement supérieur, l'examen de baccalauréat ès lettres en ouvre l'entrée, et les thèses de doctorat sont, dans les diverses Facultés, un préliminaire indispensable pour obtenir le diplôme le plus élevé. Partout notre législation universitaire veut que le candidat aux grades fasse preuve d'intelligence et de travail. S'il est vrai que le progrès consiste à abolir tout cela, que l'on ait le courage d'être conséquent, et de proposer la reconstitution entière de l'Université, en détruisant dans toutes ses branches le système actuel des examens. Nous doutons qu'une pareille réforme fût goûtée par la haute commission des études médicales. Et cependant les étudiants en médecine travaillent généralement plus que les étudiants en droit. Les membres du Conseil royal de l'Université, tant anciens que nouveaux, ont aussi trop d'expérience pour prêter les mains à de pareils changements. Nous regrettons de le dire, mais l'évidence nous y contraint, si une certaine popularité pouvait s'attacher à ce projet, ce serait une popularité bien déplorable; car la mesure proposée ne pourrait plaire qu'à la partie la moins honorable de la jeunesse de nos écoles. Il nous est impossible, en effet, de considérer, avec M. Laboulaye, comme des *esprits d'élite*[1], ceux qui désertent

[1] De l'enseignement du droit en France, p. 61.

les cours de nos Facultés; et c'est cependant à ces esprits d'élite que profiterait une réforme qu'aucun bon étudiant n'a jamais songé à réclamer[1].

Le système des examens, nous dit-on, est condamné par l'histoire. Il a été inventé par les *jésuites*, et c'est de son introduction chez nous que date la décadence des études de droit. Il est à espérer, qu'en faisant intervenir dans cette polémique une société dont le nom seul soulève tant de débats, on n'a pas entendu rechercher la popularité vulgaire qui s'attache aux antagonistes des jésuites. Et nous pourrions nous contenter de répondre qu'aux yeux des gens sensés, il importe de discuter la valeur d'une institution, plutôt que d'en rechercher l'origine. Toutefois il n'est pas sans intérêt, surtout dans un moment où les questions universitaires sont plus que jamais à l'ordre du jour, de rétablir la vérité, quant à l'influence qu'ont pu exercer les jésuites dans les matières universitaires, et quant à la prétendue coïncidence de l'introduction des examens avec la décadence des études.

Par suite de la transition qui s'est opérée des habitudes désordonnées du moyen âge à la régularité moderne, la constitution de nos anciennes universités a subi deux changements importants, mais qui n'ont point trait au système des examens : la claustration des élèves dans les colléges, et l'abolition de la rétribution directe du professeur par l'étudiant. Ces changements ont été, avant tout, l'œuvre du temps et des mœurs, mais il est certain que l'exemple des maisons fondées par les jésuites a fortement contribué à faire prévaloir le nouveau régime. Pour ce qui touche la claustration, il n'y a point à s'en occuper historiquement, puisqu'elle n'a pas été appliquée à l'enseignement supérieur; nous avons dit plus haut dans quelles limites l'internat nous paraîtrait utile et praticable. Quant à la substitution de l'État à l'étudiant pour la rémunération du professeur, nous la considérons comme un immense progrès; ce que nous essayerons d'établir

[1] Tandis que le savant écrivain traite avec peu de bienveillance ceux qui ne partagent point ses idées, il ne ménage pas l'éloge ni à ceux qui attaquent le concours en théorie, ce sont *des hommes éclairés;* ni à ceux qui veulent arriver aux chaires sans épreuves publiques, ce sont *des hommes éminents;* ni enfin aux jeunes gens qui ne suivent point les cours, ce sont *des esprits d'élite*. Ici du moins, nous nous plaisons à le reconnaître, on ne saurait l'accuser d'inconséquence.

dans notre prochain article, quand nous en viendrons à la constitution du professorat.

Voilà sur quels points a porté en réalité l'influence signalée par M. Laboulaye. Mais cette influence, dont il est si effrayé, n'a point réagi sur les examens, puisqu'ils existaient bien avant le XVI[e] siècle, et que le déclin des études juridiques dans les deux siècles suivants coïncide, non avec un système de sévérité, mais avec un relâchement déplorable dans les épreuves universitaires. C'est ce dont nous allons nous convaincre.

Le nombre et la forme des examens ont varié suivant les époques; mais il y en a eu dans nos universités, dès qu'elles ont acquis une certaine importance. On attribue à Pierre Lombard, au XII[e] siècle, l'institution des grades académiques de bachelier, de licencié, et de docteur. Une bulle de Grégoire IX en 1231 nous montre ces divers grades appliqués aux facultés de droit et de médecine, et détermine le temps d'études ainsi que les épreuves nécessaires pour les obtenir. L'autorité de ce document est confirmée par les lettres royales d'août 1331, relatives à la faculté de médecine de Paris, et approuvant la coutume des examens, « que » les doyen et maîtres dient être gardée de si longtemps qu'il » n'est mémoire de contraire en leur dite faculté. » On nous propose aujourd'hui comme une réforme la suppression des examens; mais cette réforme serait faite en sens inverse de toutes celles pratiquées jadis dans nos universités, dont la tendance constante était de n'autoriser la délivrance des diplômes que moyennant justification préalable de la capacité. Tel fut notamment le caractère de la réforme opérée en 1452 par le cardinal d'Estouteville dans l'organisation de l'Université de Paris. Le saint-siége, qui prenait alors un vif intérêt aux universités, dont il était le protecteur, tenait la main à l'exécution des règlements. Une bulle de Martin V en 1428 déclara nul et de nul effet le diplôme de docteur en théologie obtenu, sans aucune preuve d'études, par certains moines franciscains, qui étaient, à ce qu'il paraît, les novateurs de l'époque.

Si notre système actuel d'examens avait été imaginé par les jésuites, nous devrions trouver au XVI[e] siècle un changement radical en cette matière. Mais il n'en est rien. La réforme des sta-

tuts de l'université de Paris, qui eut lieu sous Henri IV en 1598, n'a point multiplié les épreuves. On parle sans doute dans ces statuts d'un examen nécessaire pour arriver au grade de bachelier, et de thèses exigées pour la licence et pour le doctorat; mais en tout cela la réforme de 1598 n'a point innové. Ce n'est que sous Louis XIV, en 1679 et en 1700, qu'on a augmenté le nombre des épreuves, et certes à cette époque, la décadence des études de droit était déjà consommée. Veut-on savoir ce qu'était au XVIIe siècle cette sévérité des examens, à laquelle on attribue la faiblesse des études? Nous voyons en 1629 le Code Michaud, rendu sur les plaintes des États généraux, défendre (article 46) de délivrer des lettres de grade, si ce n'est *à personnes présentes et ayant répondu publiquement*. Mais l'abus était trop invétéré pour ne pas résister aux efforts du législateur. Voici ce que nous raconte *Charles Perrault dans ses Mémoires* [1] : « Au » mois de juillet de l'année 1651, j'allai prendre des licences à » Orléans, avec M. Varet, depuis grand vicaire de M. l'arche- » vêque de Sens, et avec M. Moujot qui vit encore. Dès le soir » même que nous arrivâmes, il nous prit fantaisie de nous faire » recevoir, et ayant heurté à la porte des écoles, sur les dix » heures du soir, un valet qui vint nous parler à la fenêtre, ayant » su ce que nous souhaitions, nous demanda si notre argent était » prêt, sur quoi ayant répondu que nous l'avions sur nous, il » nous fit entrer, et alla réveiller les docteurs, qui vinrent au » nombre de trois nous interroger, avec leurs bonnets de nuit » sous leur bonnet carré. En regardant ces trois docteurs à la fai- » ble lueur d'une chandelle, dont la lumière allait se perdre dans » l'épaisse obscurité des voûtes du lieu où nous étions, je m'ima- » ginai voir Minos, Eaque et Rhadamante qui venaient interroger » des ombres. Un de nous, à qui l'on fit une question dont je ne » me souviens pas, répondit hardiment : *matrimonium est legi- » tima maris et feminæ conjunctio, individuam vitæ consuetu- » dinem continens*, et dit sur ce sujet une infinité de belles » choses qu'il avait apprises par cœur. On lui fit ensuite une autre » question sur laquelle il ne répondit rien qui vaille. Les deux

[1] OEuvres choisies, 1826, p. XVI.

» autres furent aussi interrogés, et ne firent pas beaucoup mieux » que le premier. Cependant les trois docteurs nous dirent qu'il » y avait plus de deux ans qu'ils n'en avaient interrogé de si ha- » biles, et qui en sussent autant que nous. Je crois que le son de » notre argent, que l'on comptait derrière nous, fit la bonté de » nos réponses. Le 27 du même mois nous fûmes reçus tous trois » avocats. »

On voit ce que c'était que ce système rigoureux, auquel on attribue la décadence du droit scientifique. Louis XIV multiplia les examens, mais il ne réussit pas à les rendre plus sérieux. Une déclaration du 3 avril 1710 renouvelle les plaintes qu'on faisait en 1629 sur la délivrance abusive des diplômes. Enfin, dans les temps qui ont précédé la révolution de 1789, il est notoire, et on peut invoquer à cet égard le témoignage de personnes encore vivantes, que les épreuves étaient de pure forme ; ainsi, dans les thèses, les arguments étaient le plus souvent communiqués à l'avance. On le voit, l'histoire est d'accord avec le bon sens, ce n'est pas à la rigueur, mais bien plutôt à l'extrême relâchement des examens qu'il faut attribuer la décadence de l'enseignement du droit dans les deux derniers siècles. De nos jours, au contraire, quoi qu'en disent les détracteurs plus ou moins désintéressés de l'organisation existante, le progrès des études et la sévérité des examens ont suivi une marche parallèle.

Nous avons parlé jusqu'ici des examens, comme s'il s'agissait de les maintenir ou de les supprimer d'une manière absolue. Et c'est, en effet, ainsi que M. Laboulaye pose lui-même la question[1]. L'abolition complète des examens, voilà l'étrange résultat vers lequel semble incliner l'honorable membre de la haute commission des études de droit. Aussi lui paraît-il assez indifférent que les examens soient faits par des professeurs ou par des magistrats[2]. Le mieux peut-être serait de n'en pas faire du tout, car, si l'on en croit M. Laboulaye, ils n'aboutissent qu'à une perte de temps considérable et pour l'étudiant et pour le professeur. Mais il est impossible de supposer sérieusement cette abolition complète, qui nous ferait rétrograder au delà du XII[e] siècle.

[1] *Revue de législation*, numéro de novembre, p. 330.
[2] *Ibid.*, p. 327.

Considérons donc les choses à un point de vue plus pratique, et occupons-nous seulement du système allemand, c'est-à-dire de celui qui borne toutes les épreuves à un examen final.

Le système français, dit-on, entraîne un inconvénient grave. Il détruit la liberté scientifique de l'étudiant, puisqu'il astreint tous les esprits à suivre une direction uniforme, au lieu de laisser chacun se choisir à lui-même sa méthode. Les facultés allemandes ont une manière de voir bien différente; elles se contentent de donner des avis généraux à l'étudiant, sans lui prescrire l'ordre dans lequel il doit suivre tels ou tels cours. Elles offrent aux jeunes gens un cours de *propœdentique* ou de *méthodologie*, dans lequel on travaille à rechercher quelle est la meilleure méthode d'enseignement. Le but, après tout, n'est pas d'acquérir un grade, mais de s'instruire : *la science pour la science*, telle est la devise de l'Allemagne, telle doit être la nôtre.

Étudier *la science pour la science*, c'est sans doute une tendance fort louable. Mais est-ce là ce que se propose l'immense majorité de nos étudiants? M. Laboulaye a proclamé lui-même en 1839 [1] que la mission de l'École est de former des gens habiles à la pratique, et non pas des savants. Il ne faut donc pas témoigner tant de dédain pour les épreuves qui tendent à garantir l'instruction positive des candidats. Il ne faut pas, à une époque où l'éducation professionnelle est généralement réclamée, appeler avec les Allemands *Brod studien* ou *études gagne-pain*, celles qui ont pour objet de développer les notions utiles plutôt que les spéculations abstraites. On perd trop de vue, dans toutes ces attaques contre l'enseignement de nos Facultés, la distinction essentielle qu'il convient de faire entre le doctorat destiné à une minorité d'élite, qui se propose en effet d'étudier *la science pour la science*, et la licence qui ne suppose que l'étude des éléments de la science dirigée vers un but pratique, étude pour laquelle trois années sont bien courtes, en se bornant même à ce qu'il n'est pas permis d'ignorer [2]. Ce qui ne

[1] De l'enseignement du droit en France, p. 21.

[2] Aussi a-t-on souvent demandé la prolongation du temps d'études. Cette prolongation semble nécessaire, si on veut donner de l'extension à l'enseignement, sans le rendre confus et indigeste.

veut pas dire que les études philosophiques et historiques doivent être étrangères à l'instruction du futur licencié, mais ces études ne doivent venir que comme les bases premières sur lesquelles s'appuie l'enseignement du droit positif.

Quant au cours de *méthodologie*, nous le concevrions parfaitement dans une école normale, afin de préparer au professorat. Mais adressé aux étudiants, et placé en tête de l'enseignement, il ne présente qu'une utilité fort contestable. Faire des dissertations à perte de vue sur la méthode, c'est obéir un peu trop à cette tendance spéculative qui égare parfois nos voisins d'outre-Rhin. Nous autres Français nous avons besoin, dès l'abord, de direction, de discipline. Nous demandons qu'on montre le but, et non qu'on nous fasse scientifiquement la description des diverses voies qui peuvent y conduire. Cette préoccupation de la méthodologie rappelle le docteur *Albertus Magnus*, que M. Quinet nous représente surpris par la fin du monde, tandis qu'il en est encore à chercher la méthode [1]. Cette incertitude, ce scepticisme, au début de la science, ne font qu'entretenir le vague des idées. L'enseignement demande une certaine autorité; laissons à nos voisins les cours de méthodologie. L'essentiel n'est pas de discuter sur la méthode, mais d'en avoir une bonne.

L'Autriche, dit-on, est le pays de l'Allemagne où les études sont le plus faibles; c'est cependant le pays des examens. En admettant comme prouvé, ce qui est fort douteux, qu'il n'y ait pas dans certaines universités du nord de l'Allemagne autant de paresseux qu'en Autriche, ne pourrait-on pas encore reprocher à M. Laboulaye de tomber ici dans le sophisme vulgaire : *Post hoc, ergo propter hoc?* S'il y a des paresseux et des incapables à Vienne, est-ce bien la faute des examens? Que de causes peuvent expliquer l'infériorité de l'Autriche! Les populations y ont montré de tout temps moins d'aptitude pour le travail intellectuel, et le gouvernement surtout n'est rien moins que disposé à encourager le progrès des sciences morales. Ensuite l'enseignement y est mal réglementé, puisque les étudiants y apprennent en une seule année tout le Code autrichien (qui correspond à notre Code civil),

[1] « Six mille ans pour la préface de la science humaine, ce n'est pas trop. » (*Ahasvérus*, quatrième partie, § V.)

et qu'on les force ainsi à entasser en une seule fois dans leur esprit les règles si nombreuses et si importantes du droit civil.

Mais, de ce qu'on a fait de mauvais règlements en Autriche, il ne s'ensuit pas qu'il soit impossible d'en établir de bons en France. Car ici encore nous ne sommes point les défenseurs aveugles de ce qui existe ; nous pensons qu'il y a d'importantes améliorations à réaliser en ce qui touche le choix, la répartition et la proportion des matières d'examens. Ainsi nous reconnaîtrons volontiers, avec M. Foucart, que le premier examen de licence, consacré uniquement au droit romain, est fort mal placé au commencement de la troisième année, où l'enseignement ne porte que sur des matières de droit français. Nous ajouterons même que le second examen de baccalauréat est d'un côté surchargé quant aux matières de droit civil, surtout depuis qu'on y a ajouté *la prescription*, et que, d'un autre côté, il présente d'énormes lacunes quant à la procédure, ainsi que nous l'avons fait remarquer nous-même, lorsqu'a été rendu l'arrêté du 22 septembre 1843 [1]. Voilà les réformes qui nous semblent le plus urgentes. Qu'on fasse ces améliorations, et d'autres encore, en prenant l'avis des Facultés, qu'on écarte des examens tout ce qui peut gêner la juste liberté du professorat, nous sommes les premiers à le demander. Mais conclure de certaines imperfections à l'impuissance de l'autorité publique, vouloir que cette autorité abdique au profit du caprice individuel, c'est faire rétrograder notre législation, c'est méconnaître les besoins de l'esprit français, qui demande avant tout de l'ordre et de l'unité.

Maintenant est-il bon, dans l'intérêt de l'instruction et du travail, de réduire les épreuves à un seul examen final? Suivant M. Laboulaye, le temps qu'on emploie à préparer un examen est un temps perdu. Mais, l'expérience de chacun n'est-elle pas là pour l'attester? on ne se pénètre bien de notions scientifiques qu'à condition d'y revenir à plusieurs reprises, d'en faire l'objet de méditations suivies. Que de fois l'étudiant n'a-t-il pas mal compris ce qu'il croyait avoir saisi du premier coup? Eh bien!

[1] Voir nos observations insérées dans la *Revue de Droit français et étranger* (nouv. série, t. I p. 308).

l'examen lui rend un immense service, en le forçant à revenir sur ses idées et à s'en rendre maître, afin de se mettre en état de les exposer avec clarté et avec précision. La plupart des jeunes gens qui fréquentent nos écoles doivent s'habituer à parler devant un nombreux auditoire, comme avocats, comme membres du ministère public, dans certaines fonctions de la magistrature, et dans les diverses carrières politiques et administratives. Des épreuves soutenues publiquement sont sous ce point de vue une excellente préparation. Mais cette préparation ne peut être utile qu'autant qu'elle commence de bonne heure, et qu'elle se répète plusieurs fois. Aussi voyez quelle différence entre l'étudiant, même intelligent, qui passe un premier examen, et celui qui subit sa dernière épreuve! Que de progrès, même sous le rapport de la forme, dans l'intervalle qui sépare le premier du second! Quel profit y aurait-il donc à réduire tous les examens à un seul, et à transporter à la fin des études l'inexpérience, l'embarras de l'étudiant de première année? Et comment veut-on alors que l'interrogation soit approfondie? Il faudrait la faire porter à la fois sur toutes les matières du droit. Dans ce système, l'examen, pour être sérieux, devrait durer plusieurs jours, comme en Allemagne. Quelle énorme fatigue et pour le candidat et pour les juges! Mais, d'un autre côté, ne donner à l'épreuve qu'une courte durée, ce serait laisser une grande influence aux chances du hasard. Nous avons vu que, dans nos anciennes universités, quand on pouvait se contenter d'une épreuve unique, elle n'était que trop souvent dérisoire.

Nous aimons à croire qu'il ne se passe rien de semblable au delà du Rhin, et que l'examen final y est toujours sérieux. Le flegme des Allemands, la patience inaltérable qu'ils apportent dans leurs travaux scientifiques, peuvent rendre tolérables chez eux des épreuves extrêmement prolongées. D'ailleurs l'Allemagne, où n'existe point encore la publicité des tribunaux, n'éprouve pas le besoin d'une préparation active à la vie judiciaire. Et cependant il paraît que plusieurs professeurs allemands réclament aujourd'hui la division du travail des examens, l'application du système français Chez nous il s'opère un mouvement semblable dans les esprits, en ce qui concerne l'examen de baccalau-

réat ès lettres; les hommes d'expérience [1] demandent que cet examen soit divisé, afin de devenir plus sérieux. Le moment serait donc mal choisi pour abandonner un système dont on se trouve bien en France, et que l'Allemagne finira peut-être par adopter.

Si la réduction du nombre des examens est mauvaise au point de vue scientifique, combien ne serait-elle pas plus funeste encore par son influence sur le travail des étudiants ! Ici l'expérience n'est pas à faire, elle a été faite dans notre siècle même et dans nos écoles françaises. Dans l'origine, en l'absence d'une prohibition formelle des règlements, on avait cru pouvoir autoriser les étudiants à remettre leurs examens à la fin de leurs études, ce qui ressemblait beaucoup à un examen final. Qu'est-il arrivé? Les étudiants laborieux et zélés n'usaient pas de cette faculté, et subissaient leurs examens aux époques ordinaires. Ceux qui ajournaient leurs épreuves étaient toujours les sujets les moins recommandables, qui, loin de devenir plus assidus aux cours, les fréquentaient moins que jamais, et s'abstenaient de tout travail jusqu'à la fin de la troisième année d'études [2]. Les justes réclamations des familles et des professeurs ont fait cesser cet état de choses. Le 4 octobre 1820, a été rendue une ordonnance, dont l'article 9 porte :

« L'abus introduit dans quelques facultés de droit de remettre » tous les examens à la fin des études est interdit. »

Et la circulaire envoyée aux recteurs pour l'exécution de cette ordonnance en motive ainsi la disposition :

« Un autre abus non moins nuisible, en ce qu'il portait les étu- » diants à se négliger pendant les premières années, et les for- » çait à un excès de travail vers la fin de leurs cours, est interdit » par l'article 9. »

Ainsi ce que l'on présente aujourd'hui comme une innovation admirable, n'est autre chose qu'un ancien *abus* dont l'expérience a fait justice.

Une autre observation, qui prouve toute l'importance des

[1] Les proviseurs des colléges de Paris.

[2] Encore aujourd'hui tout le monde sait que, dans nos Facultés, ce sont les bons étudiants qui se hâtent de passer leurs examens dès que le règlement le permet, tandis que les paresseux retardent, autant qu'il leur est possible, le jour de l'épreuve.

examens approfondis et multipliés, c'est que les parties de l'enseignement que néglige le plus l'étudiant sont précisément celles sur lesquelles il est le moins souvent interrogé. Ainsi, dans le second examen de doctorat, les matières pour lesquelles il n'y a qu'une seule interrogation, le droit constitutionnel, l'histoire du droit et le droit des gens, sont étudiées fort superficiellement. La même cause produit malheureusement le même effet dans les examens de licence, en ce qui touche la procédure civile, le droit criminel, le droit administratif et le droit commercial.

Remarquons, en terminant, comme tout se lie dans le système de l'auteur pour amener, contre son intention sans doute, la désorganisation complète des études sérieuses. Point d'examens, ou le moins d'examens qu'il sera possible dans le cours des études. Dès lors les diplômes se trouvent obtenus avec une grande facilité. Mais pour arriver à l'enseignement du droit, il n'y aura d'autre garantie que ces diplômes, puisque M. Laboulaye déclare aujourd'hui ne point vouloir du concours, non-seulement pour les chaires, mais même pour de simples places d'agrégés. La liberté dont on fait tant de bruit, serait-elle par hasard la liberté d'arriver sans travail aux grades et aux fonctions universitaires? Veut-on qu'il y ait une science du droit facile, comme il y a de nos jours une littérature facile? Point de garanties quant à l'étudiant, point de garanties quant au professeur! Un membre de la haute commission des études de droit ne peut cependant vouloir la destruction de la science. Lui-même a fait voir l'importance des garanties scientifiques, quand il s'agit de la magistrature ou de l'administration. Il faut donc pénétrer au fond de sa pensée, et nous reconnaîtrons que ce qu'il attaque en réalité, ce n'est ni le principe des examens, ni le principe du concours, institutions qu'il trouve excellentes partout ailleurs qu'à la faculté de droit; c'est la direction actuelle de la science, à laquelle il voudrait substituer le culte exclusif de certaines spécialités. Ici nous touchons au point capital de la question, à la tendance de l'enseignement du droit, que l'on voudrait complétement changer. Mais cette question vitale se rattache intimement à la constitution du professorat, qui sera l'objet de notre prochain article.

E. BONNIER.

Situation administrative et financière des monts-de-piété en Belgique. — Nécessité et moyens de les réorganiser (1 vol. in-8° de 365 pages); par M. D. Arnould, administrateur-inspecteur de l'université de Liége.

Compte rendu par M. VALETTE, professeur à la faculté de droit de Paris.

M. Arnould a, en quelque sorte, droit de cité en France, où il est connu par un mémoire *sur les avantages et les inconvénients des banques de prêt sur gage*, couronné en 1828 par l'académie royale du Gard. M. A. Blaize, dans son ouvrage intitulé *Des monts-de-piété en France* [1], signale les heureuses innovations que M. Arnould, *unissant la théorie à la pratique*, a proposées sur cette matière, et il ne craint pas de dire que le même auteur est le seul homme qui se soit *occupé sérieusement de la question des monts-de-piété.*

L'ouvrage beaucoup plus considérable dont nous voulons ici rendre compte traite uniquement, il est vrai, des monts-de-piété de Belgique; mais cependant la lecture en est encore pour nous d'un grand intérêt pratique, puisque la Belgique faisait partie de l'empire français lorsque les monts-de-piété y furent réorganisés par la loi du 16 pluviôse an XII et par les décrets impériaux des 24 messidor et 8 thermidor an XIII.

« Dans le jugement que l'on porte sur les hommes ou sur les » institutions, dit M. Arnould, on ne tient pas toujours compte » de la position où les place une impérieuse nécessité. C'est » ainsi que les monts-de-piété, abandonnés à eux-mêmes, pri- » vés de dons, de legs ou de subsides, et n'ayant rien en propre, » sont accusés d'usure par les personnes qui ne savent pas que » l'intérêt perçu sert à payer celui des capitaux employés pour » le prêt sur gage et à payer les frais d'administration. »

L'attention du gouvernement belge ayant été éveillée sur l'inconvénient que présente cet état de choses, une commission avait été chargée de proposer un projet de révision des lois et règlements qui régissent les monts-de-piété. M. Arnould, rappor-

[1] P. 396.

teur de cette commission, a déposé dans le livre qui nous occupe le résultat de ses recherches et de ses méditations; et sur la demande de la commission elle-même, le ministre de la justice en a ordonné l'impression pour servir d'exposé des motifs à l'appui du projet qu'elle avait rédigé. Nous allons présenter ici l'analyse des premiers chapitres de l'ouvrage.

Dans le chapitre II, intitulé *Législation des monts-de-piété*, l'auteur passe en revue les trois régimes auxquels ces établissements ont successivement été soumis : d'abord avant la révolution française, ensuite sous le gouvernement soit de la France, soit du roi des Pays-Bas, et enfin depuis la formation du royaume actuel de Belgique. Nous laisserons de côté les recherches purement historiques que fournissent les deux premières époques; nous noterons seulement deux faits très-remarquables de l'ancien ordre de choses, qui sont, quant aux provinces belges, la solidarité qui existait entre les monts-de-piété réunis sous une administration centrale; et quant à la principauté de Liége, l'affectation qui était faite des bénéfices à la diminution des charges de l'établissement, système dont le résultat fut tel qu'en 1788 on était parvenu à réduire le taux de l'intérêt à 5 pour 100.

Aujourd'hui, d'après l'article 77 de la loi communale belge du 30 mars 1836, l'administration municipale est investie du pouvoir de faire les règlements organiques des monts-de-piété, sauf l'approbation de la députation permanente du conseil provincial.

Par l'effet de cette disposition, l'action du gouvernement se trouve, suivant l'auteur, paralysée d'une manière bien fâcheuse. Le gouvernement, en effet, ne peut pas réprimer les abus; il est impuissant pour réduire le taux de l'intérêt, que certaines administrations communales élèvent outre mesure, afin d'arriver à se décharger de l'obligation d'allouer des subsides aux hospices et aux bureaux de bienfaisance. L'auteur ici revendique avec raison pour l'autorité centrale ce droit de haute tutelle, qui est un des principes fondamentaux de notre système administratif.

Le chapitre III (*État actuel des monts-de-piété*) traite des matières suivantes : *administration des monts-de-piété; dotation; frais de personnel, de location et d'administration; intérêts et autres droits à payer par les emprunteurs; emploi des bénéfices.*

M. Arnould signale le défaut d'accord qui existe entre les administrations des monts-de-piété et celles des hospices et des bureaux de bienfaisance : « Il est à regretter, dit-il, qu'au lieu de » combiner leurs efforts pour atteindre toutes les infortunes, » chacune de ces commissions semble être exclusivement appelée à s'occuper des seules branches de la bienfaisance publique qui lui sont confiées, et que le zèle même qu'elle y » apporte devienne quelquefois un obstacle à la marche des » autres. Pourquoi donc établir ainsi des intérêts distincts entre » des administrations qui n'ont qu'une mission commune, celle » de soulager la misère? Est-il bien rationnel de diviser les nécessiteux en catégories, et d'assister ceux qui sont à la charge » du bureau de bienfaisance et ceux des hospices aux dépens de » ceux qui portent leurs effets au mont-de-piété? » L'auteur propose de corriger cet abus en reliant toutes ces administrations diverses, en les réunissant dans un conseil général dont les membres pourraient s'éclairer mutuellement sur les causes des misères que chacun aurait vues de plus près, et sur les moyens de les prévenir ou du moins de les soulager. Il provoque ensuite, comme complément de ce système de conseils généraux de bienfaisance établis dans les villes, l'institution auprès du gouvernement central d'un conseil supérieur chargé de la direction de tous les établissements de bienfaisance. Ce dernier vœu, émis par M. Arnould en 1843, vient d'être rempli, du moins en partie, par la création récente d'une commission supérieure de bienfaisance pour toute la Belgique.

Dans un paragraphe intitulé *Dotation*, M. Arnould nous fait connaître les charges qui pèsent sur les monts-de-piété. Ce qui les accable surtout, c'est l'obligation à laquelle ils se trouvent soumis d'emprunter aux autres établissements de charité : ceux-ci exigent souvent un intérêt plus élevé que celui des placements ordinaires, et les monts sont ainsi forcés de percevoir pour le prêt sur gage de hauts intérêts, qui ne font que passer dans leur caisse pour aller remplir celle des bailleurs de fonds. Quelques monts-de-piété sont même dans la nécessité de recevoir plus de capitaux qu'ils ne peuvent en utiliser, et, dès lors, de placer l'excédant de ces capitaux dans des opérations étrangères au but de

leur institution, souvent à un intérêt moindre que celui qu'on exige d'eux. L'auteur entre, à ce sujet, dans des détails fort curieux : il donne un tableau comparatif des fonds versés à intérêt dans chacun des monts-de-piété, et des fonds qui suffiraient à leurs opérations. On voit par ce tableau que les vingt-deux monts-de-piété de la Belgique ont à leur disposition un capital qui s'élève à 7,817,361 fr., alors qu'il leur suffirait de 3,624,000 fr., même sans prendre en considération les caisses de réserve qui existent au profit de quelques-uns : de telle sorte que, si l'État se chargeait de fournir gratuitement la dotation nécessaire à ces vingt-deux monts, au moyen d'un emprunt qu'il ferait à 4 pour 100, il n'aurait à porter de ce chef au budget des dépenses qu'une légère augmentation de 111,906 francs, soit 27 centimes de plus pour chaque contribuable du royaume, charge insignifiante assurément en comparaison de l'immense avantage qui en résulterait pour la classe si malheureuse des emprunteurs !

La plus forte charge des monts-de-piété, après celle des intérêts de la dotation, consiste dans les frais du personnel. Ces frais ne sont guère susceptibles d'être réduits : recevoir, classer, inscrire, calculer, remettre enfin aux emprunteurs une grande quantité d'effets, voilà des opérations qui exigent évidemment beaucoup de célérité et de soins. Dans quelques monts-de-piété on accorde, au lieu de traitements, des *tantièmes* ou participations proportionnelles aux bénéfices. C'est un moyen d'exciter les employés à faire de plus fortes évaluations, et à secourir ainsi plus efficacement l'emprunteur ; celui-ci peut par là conserver des objets dont il serait forcé de s'imposer la privation si les évaluations étaient plus faibles. Les autres frais d'administration consistent dans les dépenses pour impressions, pour registres et billets, et aussi dans l'entretien des bâtiments et du mobilier des bureaux. Les bâtiments appartiennent généralement aux hospices, qui en retirent un loyer plus ou moins élevé : il serait à désirer qu'ils fussent fournis gratuitement, attendu qu'il s'agit en réalité d'une œuvre de charité, à laquelle les hospices devraient autant que possible concourir.

Les intérêts que paye l'emprunteur se calculent, dans la plu-

part des monts-de-piété, au prorata du nombre de jours que dure le prêt; et il en résulte, suivant M. Arnould, que souvent ils ne couvriraient pas, même à 15 pour 100, les frais qu'ils occasionnent. En effet, on ne perçoit qu'un centime pour les objets de 1 à 5 francs qui se retirent le sixième jour, et pour ceux d'un franc qui se retirent le vingt-quatrième; ce centime, loin d'être la représentation des frais que nécessite chaque gage, ne suffit même pas à indemniser le mont-de-piété du coût de la reconnaissance délivrée à l'emprunteur. La dépense occasionnée par chaque gage est d'environ 17 centimes, non compris l'intérêt payé par le mont-de-piété pour sa dotation, intérêt qui se calcule d'après la valeur de chaque gage. « Ne pourrait-on pas, » dit M. Arnould, allouer un subside aux monts-de-piété, pour » prêter à un taux modéré ou gratuitement aux nécessiteux hon- » nêtes qui n'osent demander une aumône ou un refuge?... Le » prêt gratuit, si recommandable quand il a pour objet de venir » en aide à l'honnête artisan qui a un pressant besoin d'outils ou » de matières premières, deviendrait pernicieux s'il était fait » sans discernement; car il ne pourrait que renforcer les funestes » penchants et l'imprévoyance de cette classe d'emprunteurs qui » accourent chaque semaine au mont-de-piété, et dont le » nombre s'augmenterait par cette facilité. »

Dans la vue de diminuer la perte occasionnée aux monts-de-piété par les petits gages, et principalement par ceux qui dans la même semaine sont apportés et retirés, on a établi dans quelques villes un minimum d'intérêts de 3, 4 ou 5 centimes, au lieu d'un centime qu'on devrait se borner à percevoir. Ailleurs, au lieu de calculer les intérêts par jours, on les calcule par mois ou par quinzaines, de telle sorte que la quinzaine ou le mois commencé est censé fini : il en résulte que, si un emprunteur engage et dégage un objet chaque semaine, il est tenu de payer quatre mois (ou deux mois) d'intérêts pour quatre semaines. Cela devient surtout onéreux dans le cas où un gage, apporté le 1er du mois, est retiré le 2 ou le 3, car alors l'intérêt court vingt-huit ou vingt-neuf jours de plus, et l'emprunteur paye 30 centimes au lieu de 1 ou 2, en supposant que l'intérêt ne soit que de 1 centime par jour.

Indépendamment des intérêts, on a établi un *droit de vente*, sous prétexte de couvrir les frais que la vente nécessite. Mais comme la vente n'est en définitive pour les employés qu'une opération de même nature que le dégagement, et dont ils sont tenus de s'acquitter comme de toutes les autres, ils devraient y procéder sans augmentation de charges. « Il est odieux de pressurer » ainsi le malheureux emprunteur, qui, après s'être imposé la » privation de son gage, n'a pu le retirer avant la vente, et voit » encore son sort aggravé par un droit qui augmente de 5, 6 ou » 10 pour 100 l'intérêt déjà trop élevé, et le prive, en tout ou » en partie, du *boni* ou excédant résultant de la vente de ses » effets. »

L'auteur a joint ici un tableau dont les colonnes présentent toutes les charges qui pèsent sur les emprunteurs, les produits de toute nature qui entrent dans la caisse des monts-de-piété ou dont profitent les employés, enfin les bénéfices nets que retire chaque établissement, ainsi que la destination ou l'emploi de ces bénéfices.

Le paragraphe intitulé *Emploi des bénéfices* est certainement la partie la plus importante de tout l'ouvrage. En effet, comme le dit très-bien l'auteur, de la destination des bénéfices dépend la bonne ou la mauvaise organisation des monts-de-piété. En remontant aux discussions qui s'élevèrent lors de la présentation de la loi du 16 pluviôse an XII, M. Arnould prouve que le législateur avait en vue de concentrer tous les établissements de prêt dans l'intérieur des hospices.

Ainsi le conseiller d'État Regnault (de Saint-Jean-d'Angely) exprimait cette idée que, d'après une nouvelle organisation des monts-de-piété, les hospices de Paris échangeront contre du numéraire les maisons qui leur sont à charge et dont le prix formera la dotation du mont-de-piété.

« La nécessité d'organiser le prêt sur gage une fois reconnue, » disait Perrin au tribunat, de tous les moyens qui peuvent être » adoptés pour en faire disparaître les dangers, celui qui captive » le plus facilement les suffrages, est sans doute le projet de le » remettre entre les mains des hospices..... Là toute cupidité se- » rait méconnue, et, si l'administrateur ne perdait pas de vue

» l'intérêt de l'hospice, il saurait aussi que l'homme laborieux,
» pressé par le besoin du moment, n'est pas moins recomman-
» dable que l'indigent auquel l'hospice sert d'asile. »

Cependant, comme il existait à cette époque un grand nombre de maisons de prêt sur gage, cet orateur reconnaît qu'après avoir consulté les localités, le gouvernement pourrait autoriser quelques-unes de ces maisons à continuer leurs opérations, sous l'obligation de remettre aux hospices une partie de leurs bénéfices. Ce n'était là bien évidemment qu'une mesure transitoire.

Le conseiller d'État Amyot, en présentant au corps législatif le projet de loi pour les ventes des propriétés urbaines des hospices à Paris, disait : « Il est indispensable, pour réaliser cet utile pro-
» jet (celui du prêt sur nantissement), et en assurer l'exécution,
» de mettre les hospices en état de se procurer des moyens assez
» étendus pour subvenir aux avances qu'entraînent les nouvelles
» opérations dont ils vont se trouver chargés. »

Le gouvernement impérial n'ayant pas tenu compte des principes qui avaient présidé à la rédaction de la loi du 16 pluviôse an XII, s'est borné, par le décret du 24 messidor an XII, à introduire quelques modifications dans l'administration du mont-de-piété de Paris, et a déclaré qu'il serait régi à l'avenir au profit des pauvres.

« Dès lors, dit M. Arnould, par une étrange anomalie, *on a*
» *donné aux hospices les profits des monts-de-piété sans leur*
» *imposer l'obligation de les administrer. Tous les bénéfices ont*
» *été pour eux, et toutes les charges pour l'administration des*
» *monts-de-piété*. Tandis que, si la gestion de ces établissements
» leur eût été confiée, ils n'auraient vu dans cet accroissement de
» soins charitables qu'un moyen de plus de soulager l'indigence,
» et ils auraient senti que, même dans leur intérêt, ils devaient
» prêter au taux le plus modéré, afin d'éviter que ceux qui ne
» sont encore que dans la gêne ne soient amenés à l'hôpital par
» une ruine complète, résultat inévitable d'emprunts prolongés
» à de hauts intérêts (p. 106). »

Le prêt sur gage est donc devenu un impôt établi en faveur des hospices, impôt de même nature que les droits perçus sur les

recettes des spectacles, des bals, concerts, danses et fêtes publiques!

Les bornes de cet article ne nous permettent pas de faire connaître ici en détail toutes les considérations présentées à ce sujet par l'auteur et tous les faits dont il les appuie ; nous ne pouvons que vivement recommander la lecture de cet important chapitre à toutes les personnes qui s'occupent d'administration.

Nous continuerons dans un de nos prochains cahiers l'analyse de ce remarquable travail.

A. VALETTE.

CHRONIQUE.

Prusse. Un traité de commerce et de navigation, composé de vingt articles, a été conclu entre la Prusse et la Sardaigne; les ratifications en ont été, à ce qu'il paraît, échangées le 24 octobre dernier.

—Par un ordre du cabinet daté du 17 octobre, le roi a donné un démenti formel aux bruits qui lui attribuaient l'intention de favoriser les émigrations de ses sujets vers les autres parties du monde. Il recommande aux autorités d'éclairer le public à ce sujet.

—Les ministres de l'intérieur et des cultes ont adressé, le 18 novembre, des circulaires à tous les chefs administratifs des provinces du royaume, par lesquelles ils prescrivent à ces derniers les mesures destinées à régler l'exercice du culte des dissidents.

—La faculté de droit, à Berlin, a perdu un de ses membres les plus distingués, M. Frédéric Puchta, qui avait été appelé à succéder à la place laissée vacante par M. de Savigny, lors de l'entrée de ce dernier au ministère. Il est décédé le 8 janvier dernier, à l'âge de 44 ans.

Autriche. Le Journal officiel de Vienne contient une circulaire dans laquelle sont tracées les règles d'une procédure sommaire à suivre dans toutes les affaires de peu d'importance. Le maximum de la somme jusqu'à laquelle les affaires doivent être jugées sommairement est fixée à 200 florins. Cette circulaire est adressée aux tribunaux de toutes les provinces dans lesquelles le Code civil d'Autriche a été promulgué, à l'exception du royaume Lombardo-Vénitien.

Suisse. *Berne.* Le grand conseil de ce canton a adopté un projet de loi relatif à l'importante matière des dîmes foncières et de leur rachat. La perception des dîmes est supprimée à partir de 1846 : le capital du rachat est fixé au taux de 14 fois le produit moyen annuel. Ce capital doit être payé avant l'expiration de quinze ans. En attendant, le redevable servira les intérêts légaux dudit capital. Les *laudemia* attachés aux dîmes sont également rachetables.

Belgique. Le projet de traité de commerce avec les États-Unis a été adopté par le sénat.

France. Le *Moniteur* contient la déclaration suivante, faite au nom de la France

et de la Grande-Bretagne, en exécution de l'article 7 de la convention du 29 mai 1845, pour la suppression de la traite des esclaves :

« Sa Majesté le roi des Français ayant fait notifier à Sa Majesté la reine de la Grande-Bretagne et d'Irlande que l'escadre française destinée à être envoyée à la côte d'Afrique, conformément à la convention entre leursdites Majestés, signée à Londres le 29 mai 1845, sera prête à commencer ses opérations sur cette côte avant le 15 du présent mois, les soussignés le chargé d'affaires de Sa Majesté le roi des Français à la cour de Londres, et le principal secrétaire d'État de Sa Majesté Britannique au département des affaires étrangères, étant munis des pouvoirs nécessaires, font savoir par cette commune déclaration, conformément aux dispositions de l'article 7 de ladite convention, que les mesures qui doivent être prises en vertu de ladite convention sont sur le point d'être mises à exécution à l'époque mentionnée dans ladite notification, et qu'en conséquence, le sixième jour de mars 1846, à trois mois de date de cette commune déclaration, les mandats qui ont été délivrés en exécution des conventions de 1831 et 1833, aux croiseurs des deux nations, pour l'exercice mutuel du droit de visite, doivent être respectivement restitués. »

— Une ordonnance du 6 décembre fixe l'indemnité établie au profit des juges de paix par l'article 1er de la loi du 21 juin 1845 :

En cas de transport à plus de cinq kilomètres du chef-lieu de canton, à 5 fr.

En cas de transport à plus d'un myriamètre, à 6 fr.

Si les opérations durent plus d'un jour, l'indemnité est fixée, suivant la distance, à 5 ou 6 fr. par jour.

— M. le ministre de l'intérieur vient de former une commission composée de membres des deux chambres, de magistrats et d'administrateurs, à l'effet d'examiner les avis des cours et des préfets sur le projet de loi relatif au régime des prisons, et de donner son opinion sur les modifications que, par suite de ce travail, il pourrait être utile d'y introduire.

— Le concours ouvert, le 5 janvier dernier, près la faculté de droit de Caen, pour deux places de suppléant vacantes dans cette Faculté, et pour une place de suppléant vacante à la faculté de droit de Rennes, a eu lieu sous la présidence de M. Giraud, inspecteur général de l'Université, spécialement attaché aux facultés de droit. Ce concours, dont les épreuves ont occupé vingt et une séances, a été clos le 31 dudit mois de janvier. Le résultat des scrutins successifs, transmis immédiatement à M. le ministre de l'instruction publique, conformément aux dispositions du règlement du 22 août 1843, désigne : 1° M. Cauvet, suppléant provisoire, et M. Bertauld, docteur en droit, pour les deux places de suppléant de la faculté de Caen ; 2° M. de Fresquet, docteur en droit, pour la place de suppléant de la faculté de Rennes. L'institution ne sera accordée par le ministre qu'après examen des procès-verbaux du concours en conseil royal de l'Université, et après jugement des réclamations, s'il en est intervenu dans le délai de dix jours déterminé par le règlement, et augmenté proportionnellement à la distance.

— Par arrêté de M. le ministre de l'instruction publique, en date du 4 février courant, un concours sera ouvert, le 1er juin 1846, devant la faculté de droit d'Aix, pour une place de suppléant vacante dans cette faculté. Les docteurs en droit qui désireraient prendre part à ce concours devront déposer, avant le 1er mai prochain, au secrétariat de la faculté de droit d'Aix, les pièces constatant qu'ils remplissent les conditions d'admissibilité prescrites par le règlement.

De l'opposition faite au mariage du mineur par le tuteur ou curateur.

Par M. Henri MASSOL, professeur suppléant à la faculté de droit de Toulouse.

Le droit de former opposition au mariage, conféré à certaines personnes et restreint dans de sages limites, offre des avantages incontestables, en ce qu'il empêche le mal des unions illégales, qu'il vaut toujours mieux prévenir que réparer. Ainsi ceux à qui la nature a confié le soin du mineur, les ascendants, et aussi, à notre avis, les magistrats, dont les fonctions garantissent l'impartialité, autorisés les uns et les autres à demander la nullité du mariage, doivent être admis à s'opposer à sa célébration. Une tendresse éclairée dirige d'ailleurs les premiers, et le législateur a spécialement chargé les seconds de poursuivre l'exécution des lois qui intéressent la morale et la société elle-même [1]. Mais les collatéraux n'ont le droit d'opposition qu'à défaut de tout ascendant, et dans les cas formellement prévus; on peut craindre, en effet, qu'ils ne consultent plutôt leur intérêt personnel ou leurs passions que les intérêts du futur époux et de la société; et, comme souvent les retards font échouer les projets de mariage les plus avantageux, l'intervention illimitée des collatéraux serait de nature à causer au mineur un préjudice irréparable. De plus, la pensée dominante du législateur étant de favoriser les mariages, nous sommes loin de partager l'avis des auteurs qui estiment que le droit d'opposition n'est pas assez étendu.

Cette défiance qu'inspirent les collatéraux s'attache encore au tuteur et au curateur, qui n'agissent eux-mêmes que comme parents collatéraux ou mandataires du conseil de famille. Alors même qu'ils n'ont pas un intérêt personnel à susciter des entraves au mariage du mineur, il faut empêcher qu'ils ne servent d'instrument à l'intérêt d'autrui.

L'explication des textes de loi concernant le droit d'opposition

[1] Loi du 20 avril 1810, art. 46.

du tuteur et du curateur a soulevé de sérieuses difficultés. Quelquefois sans doute des difficultés graves naissent d'un amendement qui était destiné à compléter la loi, mais qui, surgissant tout à coup, forme disparate; nous ne croyons pas pourtant qu'il en soit ainsi de l'article 175, qui n'existait pas dans la première rédaction. Le tribunat ayant exprimé le vœu que la voie de l'opposition fût ouverte au tuteur et au curateur, proposa de les mentionner à la suite des parents à qui l'article 174 accorde cette faculté [1]. Dans une conférence tenue avec le conseil d'État, on convint d'une disposition spéciale pour le tuteur et pour le curateur, qui les assujettissait à obtenir le consentement de la famille avant de former opposition. Voici comment s'exprime à cet égard l'article 175, objet de cette dissertation : « Dans les deux cas prévus par le pré-» cédent article, le tuteur ou curateur ne pourra, pendant la du-» rée de la tutelle ou curatelle, former opposition qu'autant qu'il » y aura été autorisé par un conseil de famille qu'il pourra convo-» quer. » Les deux cas énoncés dans l'article 174 sont le défaut de consentement du conseil de famille et la démence du futur époux.

Que le conseil de famille autorise le tuteur à s'opposer au mariage pour défaut de consentement, on le conçoit fort bien ; mais on s'étonne généralement qu'il en soit de même quand l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux, parce qu'il suffirait alors de refuser à celui-ci le consentement. Aussi l'article 175 a-t-il donné lieu à diverses interprétations que nous allons analyser avant d'exposer notre sentiment.

§ Ier.

Cette prétendue anomalie disparaîtrait en adoptant une opinion suivant laquelle l'article 175 parlerait du tuteur et du curateur non du futur époux, mais du collatéral lui-même appelé à former opposition aux termes de l'article 174 [2]. Nous ne saurions admettre qu'un tuteur ait la faculté de former opposition au nom d'une autre personne : c'est là un privilége, selon nous, exclusi-

[1] Locré, Législation civile, etc., t. IV, p. 453.
[2] Merlin, Rép., v° *Opposition au mariage*, t. XI, p. 779.

vement réservé au parent lui-même[1]. Le parent seul doit juger de la convenance et de la justice de son opposition. Le tuteur, qui représente le pupille tant qu'il ne s'agit que des biens de celui-ci, ne le représente pas pour les actions établies dans l'intérêt de la famille, ou qui ont pour fondement l'affection; et ce sont des motifs d'affection et de bienséance de famille qui ont fait créer le droit d'opposition. Ce n'est pas, en effet, comme héritiers présomptifs que procèdent ces parents mentionnés dans l'article 174, puisque cet article donne à la fois les mêmes droits aux collatéraux du second et du troisième degré et aux cousins germains, et que d'ailleurs nul ne peut agir en qualité d'héritier avant l'ouverture de son droit. Il est aussi de principe que les exceptions ne sauraient être arbitrairement étendues, qu'elles doivent se restreindre aux cas spécialement déterminés par la loi; or le droit conféré à un collatéral d'intenter une action, quand il n'a pas un intérêt matériel et actuel, étant un droit d'exception, ne saurait dès lors être exercé par un tuteur.

Une observation démontre encore combien cette première interprétation est inadmissible. Elle tend en effet à concentrer dans

[1] Les droits exclusivement attachés à la personne peuvent cependant être quelquefois exercés par le tuteur, qui s'identifie avec celui qu'il protége, et qui, sous ce rapport, diffère essentiellement des créanciers et des héritiers. A cet égard nous formulons la distinction suivante : ou bien les droits personnels sont établis dans l'intérêt de celui qui est pourvu d'un tuteur, ou bien ils ne sont pas établis dans son intérêt. Dans le premier cas, le tuteur nous semble apte à les faire valoir; dans le second, nous décidons tout autrement. L'un des époux s'est porté contre l'autre à des excès tels que la séparation de corps devient une nécessité; le mari se trouve dans les circonstances qui donnent lieu au désaveu; il s'agit d'un délit contre la personne et de la réparation à en exiger : nous estimons que le tuteur sera recevable, dans tous ces cas, à intenter l'action aux lieu et place de l'offensé, puisque son intervention vient en aide à ce dernier et lui profite. Conséquemment à cette doctrine, la donation faite dans l'intérêt du pupille ou de l'interdit est valablement acceptée par le tuteur, qui doit se conformer aux prescriptions de l'article 935. Mais lorsqu'il s'agit des droits dont l'exercice n'a point pour objet l'intérêt personnel de celui qui est en tutelle, vainement le tuteur voudrait-il les exercer; au nombre de ces droits nous classons ceux de conférer le bénéfice de l'émancipation, de faire opposition au mariage et de proposer une nullité relative de mariage. Cette espèce de nullité, qui ne peut être demandée que par quelques personnes, ne doit pas être confondue avec celle qu'on nomme absolue, et qui peut être invoquée par tous ceux qui ont un intérêt actuel et pécuniaire.

D'après la même théorie, nous sommes d'avis que la demande en révocation d'une libéralité pour cause d'ingratitude peut être intentée par le tuteur, parce que le résultat de cette action attribue un émolument à celui qui s'est dépouillé mal à propos.

la personne du curateur un moyen dont il faudrait au moins rendre participant, avec son assistance, le collatéral lui-même qui est mineur; elle tend à contrarier les idées reçues en matière de curatelle; car le curateur, dont le rôle se borne à l'assistance, ne représente point le mineur émancipé. Tout s'explique, au contraire, quand on reconnaît que si le curateur seul est désigné par le texte de la loi, c'est qu'il s'agit de l'opposition au mariage d'un mineur dont les intérêts lui sont confiés. Ainsi le déclarait l'organe du tribunat lui-même en sollicitant le droit d'opposition pour le tuteur et le curateur. « Il est convenable, disait-il, que le tuteur et le curateur puissent former opposition au mariage de ceux dont la personne est confiée à leur surveillance [1]. »

Tout en reconnaissant que l'article 175 ne s'occupe que du tuteur et du curateur du futur époux, plusieurs ont essayé de restreindre son application au seul cas où le mineur n'aurait pas le consentement du conseil de famille, sans y comprendre celui où l'opposition est fondée sur l'état de démence. C'est vouloir corriger la loi, qui dispose pour les deux cas prévus par l'art. 174.

Pour démontrer l'utilité du droit d'opposition dans les deux hypothèses de cet article, notamment dans celle de la démence, on a prétendu qu'il s'agissait d'un majeur interdit qui se proposait de contracter mariage; le tuteur, procédant alors par opposition, empêche qu'il ne soit célébré.

Mais il faut considérer que l'article 175 se réfère à celui qui le précède et qui, dans le cas de démence, exige que l'opposant fasse prononcer l'interdiction du futur époux dans le délai fixé par le tribunal. Aussi, dans le projet émané du tribunat, le tuteur et le curateur étaient-ils dénommés en même temps que les collatéraux auxquels est attribué le droit d'opposition? Ils étaient donc tenus comme eux de faire déclarer l'interdiction du futur époux; si ensuite un article séparé a été décrété relativement au tuteur et au curateur, c'est pour les astreindre à n'intervenir qu'avec l'autorisation du conseil de famille. En outre, il faut remarquer que non-seulement l'article 175 appelle le tuteur à former opposition, mais encore qu'il rend participant de ce droit le

[1] Locré, Législation civile, etc., t. IV, p. 453.

curateur lui-même. Or, d'après le droit français, le curateur n'est donné qu'à celui qui est en âge de minorité. Ainsi un mineur émancipé étant en démence, le curateur sera recevable à recourir à la voie de l'opposition, qu'il fondera sur cette même démence.

D'autres interprètes ont supposé une espèce où il existerait un ascendant non tuteur qui aurait donné son consentement au mariage, et ils ont pensé que dans ce cas le tuteur, avec l'assentiment du conseil de famille, formerait valablement opposition.

D'après ce système l'article 175 ne se rapporterait qu'aux deuxième et troisième alinéas de l'article 174, et laisserait de côté le premier.

Il nous paraît, au contraire, que l'article 175 résume la totalité de l'article 174. Il porte que dans les deux cas prévus par l'article précédent, le tuteur et le curateur sont nantis du droit d'opposition. Ces deux cas rappelés, s'ils n'étaient soumis à aucune condition, seraient autres que ceux définis par l'article 174, qui, par son premier alinéa, les subordonne à la non-existence d'ascendants. D'ailleurs la volonté d'un ascendant ne saurait être infirmée ni par le tuteur, ni par le conseil de famille, puisque la délation de la tutelle est indifférente quant à l'exercice de la puissance paternelle; en effet, pourquoi l'oncle, par exemple, quand il existe un ascendant, n'est-il pas recevable à former opposition? C'est parce que l'autorité et la sollicitude de cet ascendant inspirent une confiance suffisante; or, ce motif milite également à l'encontre du tuteur, qui, par une opposition, établirait un conflit entre lui et le même ascendant.

Autre explication, qui n'est pas du moins contraire au texte des articles 174 et 175. Le conseil de famille, dit-on, après avoir donné son consentement, incertain si le futur époux est ou non en démence, et, dans le doute, ne croyant pas devoir se rétracter, laisse au tuteur la liberté de faire opposition, toutefois sous la responsabilité personnelle de ce dernier.

Tel ne nous paraît pas être le sens de l'article 175; personne n'étant plus à même que le conseil de famille d'apprécier l'état mental du futur époux. S'il éprouve d'abord des incertitudes, il doit prendre des renseignements afin de s'assurer de la vérité;

tandis qu'on serait en droit de s'étonner qu'il abandonnât le sort du pupille au caprice de son tuteur, qui pourrait à son gré maintenir ou rejeter la première décision des parents. Le fait de la démence par lui articulé serait encore de nature à nuire considérablement au mineur, dont on poursuivrait l'interdiction. Ce n'est donc qu'en connaissance de cause que devra statuer le conseil de famille.

Enfin l'on a trouvé une application de l'article 175, en prétendant qu'il s'agit d'un enfant naturel privé de ses père et mère, qui avait obtenu du tuteur *ad hoc* le consentement requis par l'article 159. Dans cette hypothèse, si le conseil de famille s'apercevait que les facultés intellectuelles du futur époux sont altérées, il chargerait le tuteur ordinaire de se porter opposant. Mais il faut bien le reconnaître, notre article ainsi entendu ne se préoccuperait que d'un cas fort rare; au lieu qu'il nous paraît se référer principalement au mariage des enfants légitimes, car il renvoie à l'article 174 où il est question des cousins germains, et où se trouve mentionnée l'irrégularité provenant de ce que la famille n'a pas donné son consentement qui n'est requis qu'à l'égard des enfants nés dans le mariage. De plus, si l'on admet avec la plupart des auteurs [1] que le tuteur *ad hoc* doit être nommé par un conseil de famille, il arrivera que ce conseil en choisira un qu'il saura disposé à se conformer à ses vues, ou, mieux encore, qu'il le prendra dans son sein, de telle sorte qu'il ne fasse point d'opposition [2].

Il est temps d'examiner si le tuteur n'a pas mission de s'opposer au mariage d'un enfant légitime qui lui semble atteint d'aliénation mentale, et de développer toute la pensée de l'article 175, telle du moins que nous croyons l'avoir saisie.

[1] Zachariæ, t. III, p. 272.

[2] Relativement aux nominations des tuteurs *ad hoc*, une distinction semble devoir être faite. Quand c'est à l'occasion d'un procès que la nomination a lieu, par exemple lorsqu'il s'agit d'un tuteur qu'on donne à l'enfant dans le cas d'une action en désaveu (art. 318), nous pensons que le tribunal est appelé à le choisir; c'est ainsi que l'article 2208, 3[e] *alinéa*, dispose que la femme mineure étant assignée sans que le mari donne son consentement, le tuteur *ad hoc* est nommé par la justice. Mais pour le consentement à donner au mariage de l'enfant naturel, le tuteur sera élu par le conseil de famille, parce qu'il n'existe aucun litige.

§ II.

Les délibérations du conseil de famille peuvent être déférées aux tribunaux (art. 883, C. proc.). Or, nous estimons que celles qui ont pour objet le mariage sont comprises dans cette règle. N'est-il pas possible, en effet, que par son refus le conseil de famille cause au mineur un grand préjudice, ou qu'il donne son consentement à une union mal assortie? N'est-il pas possible encore qu'à défaut de parents ce conseil ne soit guère composé que d'étrangers peu soucieux des intérêts du mineur? Dès lors il nous paraît sage de reconnaître le droit de recours contre sa décision [1].

Vainement on objecte qu'en donnant son consentement au mariage le conseil de famille remplace les père et mère dont la détermination ne saurait être contrôlée.

Il est facile de répondre que les ascendants méritent une confiance qui ne saurait s'étendre jusqu'aux collatéraux : aussi les premiers n'ont-ils pas besoin d'articuler des motifs lorsqu'ils forment opposition au mariage, tandis que les seconds ne jouissent pas de cette dispense (art. 176). Les prérogatives des uns et celles des autres sont tellement distinctes que le conseil de famille aurait beau soutenir qu'un autre tuteur offre plus de garanties que celui qu'a élu le survivant des père et mère, jamais, sauf le cas d'incapacité ou d'indignité, il ne serait écouté ; et pourtant le choix émané du conseil de famille serait susceptible d'être critiqué devant les tribunaux, sur ce simple fondement qu'un autre tuteur est préférable, le premier tuteur ne fût-il ni indigne ni incapable.

On objecte encore que le consentement du conseil de famille étant requis pour le mariage, celui du tribunal ne saurait le suppléer; c'est faire là une pétition de principe. Pour l'acceptation d'une succession ou d'une donation, le consentement du conseil de famille est bien exigé (art. 461, 463); cependant si ce conseil

[1] Cela nous paraît d'autant plus rationnel que nous voyons même le législateur, appréhendant que les père et mère ne refusent de marier leurs enfants, disposer que l'usufruit légal cesserait quand ceux-ci auraient accompli leur dix-huitième année. Si donc le législateur a craint que les père et mère ne fussent quelquefois trop préoccupés de leurs intérêts, à plus forte raison se tient-il en garde contre les collatéraux, et faut-il que leur décision soit soumise à une révision.

méconnaît les intérêts du pupille, oserait-on dire que le pourvoi en justice ne demeure pas ouvert afin d'obtenir l'autorisation nécessaire? De même, nous sommes fondés à soutenir que si le conseil de famille donne mal à propos son consentement au mariage, les membres qui ont été dissidents peuvent s'adresser à l'autorité du tribunal, parce qu'en définitive l'adhésion de la famille n'étant prescrite que pour l'avantage du mineur, il est tout naturel d'accueillir un recours qui a pour but de faire rectifier une erreur par des juges mieux éclairés. On conçoit qu'il ne soit pas permis au tuteur de critiquer au nom de l'enfant devant les tribunaux une résolution émanée des ascendants; mais les mêmes égards ne sont pas dus aux collatéraux, à leur décision.

Au reste, l'article 883 du Code de procédure est entièrement conforme à notre sentiment : il veut, quand les avis n'ont pas été unanimes, que l'opinion de chacun des membres du conseil de famille soit énoncée, et il reconnaît à ceux qui forment la minorité, ainsi qu'au tuteur et au subrogé-tuteur, le droit de se pourvoir contre la délibération. Il est essentiel de faire observer que l'article qui précède l'article 883 s'occupe de la nomination du tuteur; or, la délibération qui nomme un tuteur pouvant être l'objet d'une attaque judiciaire, nous ne voyons pas pour quelle raison il ne serait pas également permis de censurer la délibération relative au mariage. La loi demande le consentement du conseil de famille pour le mariage du mineur, comme elle confie à la famille la nomination du tuteur par l'article 405; il y a dans les deux cas analogie évidente. Lorsqu'il s'agit d'un emprunt, d'une aliénation d'immeubles, la décision du conseil de famille a besoin d'être sanctionnée en justice; il serait bien étrange que la délibération relative au mariage ne fût pas même susceptible d'être critiquée.

S'il arrive donc qu'un mineur, qui n'est pas sain d'esprit, veuille contracter mariage, le conseil de famille engagera le tuteur à former une opposition fondée non sur le défaut de consentement du conseil de famille, mais sur la démence du futur époux. En effet, la détermination une fois prise pouvant être attaquée devant les tribunaux, il était nécessaire de faire connaître la cause qui l'avait inspirée.

Nous ne prétendons pas d'ailleurs soutenir que toute délibération du conseil de famille doive être motivée; mais quelquefois la loi l'exige impérieusement, par exemple, dans le cas de l'article 447, et il doit en être de même quand on autorise le tuteur à s'opposer au mariage pour cause de démence. Le législateur ne voyant qu'avec défaveur l'opposition émanée des collatéraux, et ne la permettant que dans deux circonstances, il fallait s'assurer si le motif allégué rentre dans ceux que prévoit la loi, et si le tuteur n'a pas outrepassé le mandat qu'il tient de la famille.

Ainsi, malgré la minorité du futur époux, il importe de faire à son mariage une opposition fondée sur la démence. Si le conseil de famille s'était simplement borné à refuser son consentement, le tribunal pourrait réformer sa résolution, en constatant, par exemple, que le parti qui se présente est avantageux.

Sous un autre rapport, suivant nous, il sera souvent très-utile de faire opposition pour cause de démence. On sait qu'en principe un mineur ne peut être interdit, parce que son âge lui ôte la libre disposition de ses biens et qu'il est pourvu d'un tuteur comme s'il était frappé d'interdiction. C'est pourquoi l'article 489, au chapitre de l'interdiction, ne désigne que le majeur. Néanmoins on s'accorde à reconnaître qu'il est utile et légal de faire interdire un mineur, quand il est à craindre qu'arrivé à sa majorité, il ne ratifie les actes qu'il avait souscrits auparavant, et ne consomme ainsi sa ruine. Mais ne doit-on pas appréhender davantage les piéges qui seront tendus à son inexpérience, les fraudes qui seront pratiquées, pour l'engager dans les liens du mariage? Si le conseil de famille, informé que le mineur n'est pas sain d'esprit, refusait ou retirait son consentement, arrivé à sa majorité celui qui avait été arrêté par l'opposition cesserait d'être entravé dans ses projets; car il ne serait plus astreint à rapporter la preuve de l'adhésion du conseil de famille, et par là l'opposition qui avait été formée ne serait plus un obstacle. Si, au contraire, la démence est articulée dans l'acte d'opposition, l'officier de l'état civil se gardera bien de passer outre à la célébration du mariage, quand même le futur époux serait devenu majeur : le tuteur, en un mot, est l'organe du conseil de famille, qui sûrement a le droit de provoquer l'interdiction.

Nous avouons bien que, si l'opposition était évidemment contraire à la loi, et faite par une personne qui n'aurait point qualité, l'officier de l'état civil n'en tiendrait aucun compte. Mais on invoque la démence : le motif étant grave et sérieux, il faut appliquer l'article 68 du Code civil, qui enjoint à ce magistrat de refuser son ministère au mariage jusqu'à ce que le tribunal ait prononcé la main-levée. En l'absence de toute opposition, si l'officier de l'état civil venait à savoir que l'une des parties qui veut contracter n'a pas l'usage de la raison, sans doute il ne procéderait pas à la célébration du mariage. Mais dans ce cas lui seul serait juge de l'existence de l'empêchement, tandis que lorsqu'une opposition régulière est signifiée par l'une des personnes dénommées par la loi, il est contraint de s'abstenir tant que la preuve de la main-levée n'est pas rapportée.

En résumé, la délibération du conseil de famille qui donne ou refuse le consentement au mariage est susceptible d'être attaquée devant les tribunaux. Elle doit être motivée, par conséquent elle exprime nécessairement si elle a été prise parce que le futur époux est privé de l'usage de ses facultés intellectuelles.

Sous un autre rapport, il est sage de former opposition à cause de la démence du futur époux quoiqu'il soit mineur, parce que c'est un moyen de faire obstacle à ce que, arrivé à sa majorité, il s'empresse de contracter mariage.

Henri MASSOL.

De la nature et des effets de la pollicitation, ou offre faite par lettre missive [1].

Par M. Charles GUIARD.

A une époque où les opérations commerciales ont une si grande activité et prennent chaque jour de nouveaux développements, peut-être est-il à propos d'examiner avec quelque soin un mode de contracter qui devient de plus en plus fréquent, dont les effets juridiques sont mal indiqués dans nos codes, et dont l'appréciation divise les cours et les jurisconsultes. Je veux parler des conventions faites par lettres missives.

Je vais chercher à indiquer les principes qui doivent régir cette matière.

En général, et à l'exception de certains contrats qu'on appelle *solennels*, un contrat est parfait lorsque deux parties sont tombées d'accord sur un même point. Dès l'instant que cet accord a existé, il y a titre, c'est-à-dire fait investitif de droit.

Mais lorsque les parties se trouvent éloignées l'une de l'autre et dans l'impossibilité de se communiquer oralement leurs pensées, elles sont obligées d'avoir recours à l'écriture, aux lettres missives; et le contrat qui se forme de cette manière, par l'échange des correspondances, est aussi parfait que le contrat qui se forme oralement [2].

Cela est incontestable.

Mais voici où commencent les doutes.

D'abord, celui qui fait l'offre doit-il persister dans sa volonté jusqu'au moment où sa lettre parviendra au destinataire; ou bien au contraire peut-il toujours, en changeant d'intention avant ce moment, détruire, annihiler sa proposition, en sorte que le destinataire, adhérant à l'offre *au moment même de la lecture de la lettre*, se trouvera être seul consentant?

[1] *V.*, sur le même sujet, un article de M. Émile Cadrès, avocat à Paris, et un autre de M. Carey, avocat à Londres, dans le tome Ier de la *Revue de Droit français et étranger* (1844), p. 268 et 790. (*Note des directeurs de la Revue.*)

[2] Pothier, Vente, n° 32. — L. 1re, § 2, D., *De contrah. empt.*

En second lieu, quel sera le moment où l'on devra considérer le contrat comme parfait? Sera-ce seulement lorsque la réponse contenant acceptation de l'offre sera parvenue au pollicitant?

Enfin faut-il prouver que le destinataire de la réponse contenant acceptation de l'offre a reçu cette réponse?

§ Ier. — Celui qui a fait l'offre doit-il persister dans sa volonté?

La plupart des auteurs [1] décident cette question par l'affirmative, et plusieurs arrêts sont venus consacrer leur doctrine. Mais quelque imposantes que soient les autorités qui ont ainsi tranché la difficulté, je ne pense pas qu'on doive adopter leur solution.

Le consentement, proprement dit, est une adhésion de l'esprit à une proposition. Considéré en lui-même, c'est une lettre close pour les tiers, c'est quelque chose d'insuffisant pour produire à leur égard aucun effet juridique.

Cette règle de droit, que les contrats se forment par le seul consentement des parties, est donc inexactement énoncée. Ce n'est pas par le *consentement* proprement dit que se forment les contrats, mais par la *manifestation* de la volonté, ce qui est tout autre chose.

Ceci est évident, et va le devenir davantage par un exemple : Que deux personnes voulant la même chose se trouvent en présence et restent muettes l'une vis-à-vis de l'autre, elles ne s'obligeront certainement pas. Ce ne sera que par l'expression de leur intention que le *vinculum juris* sera créé. Ainsi, pour parler exactement, il faut dire qu'un contrat est parfait lorsqu'il y a *manifestation* de volontés qui s'accordent sur un point. Peu importe, d'ailleurs, ce qui se passe réellement dans l'esprit de chacune des parties : l'une d'elles, celle qui a proposé, eût-elle changé de volonté avant que la manifestation de l'autre se fût produite, ce serait *propositum in mente retentum*, par conséquent quelque chose d'insignifiant quant au contrat, si elle n'avait pas manifesté ce changement avant la réponse.

Or, ainsi que je l'ai dit ci-dessus, cette manifestation peut

[1] Pothier, Vente, n° 32. — Troplong, Vente, n° 23.

se faire de deux manières : par la parole ou par l'écriture.

Que ce soit par l'un ou par l'autre de ces modes que le contrat se forme, dès l'instant que la pensée aura été exprimée et qu'il ne sera plus au pouvoir de celui qui l'a émise d'arrêter cette expression ou de faire parvenir la rétractation avant que la personne à laquelle l'offre s'adresse y ait répondu, il y aura *vinculum juris*, *consensus duorum in idem placitum*, et le contrat sera parfait.

Lorsque le contrat se formera par lettre adressée à une personne éloignée, la manifestation de la volonté demandera naturellement plus de temps pour parvenir à la connaissance de celui avec qui on veut traiter, que si on s'était servi de la parole en s'adressant à une personne présente. Mais que ce temps soit plus ou moins long, que ce soit par l'organe de l'ouïe, au moyen de la vibration de l'air qui transmet les sons de la voix, que votre volonté me parvienne, ou que ce soit par l'organe de la vue, au moyen des caractères de l'écriture que vous m'avez fait parvenir, que j'aie connaissance de votre proposition, il suffit que j'aie eu le temps d'y répondre avant de connaître le changement survenu dans vos intentions, pour que vous soyez engagé. Car, encore une fois, c'est par la manifestation réciproque de la volonté des parties que le contrat se forme, et non pas seulement par le consentement proprement dit, conception interne de l'âme qui n'est rien pour tout autre que pour celui qui pense sans exprimer sa pensée.

Dans le système contraire à celui que je propose, on dit : « Il » faut que la *volonté* ait persisté jusqu'au moment où mon cor- » respondant a reçu ma lettre. Car, si avant ce moment je venais » à mourir, ou à être privé de la raison, ou à révoquer ma pre- » mière idée, le consentement de mon correspondant intervien- » drait seul et sans réciprocité de ma part, les éléments d'un » contrat manqueraient [1]. »

J'ai plusieurs fois remarqué que, dans la science du droit, une foule de questions très-controversées naissent d'une confusion dans les mots, confusion qui entraîne, sans qu'on s'en doute, à la confusion dans les pensées. Pour n'en citer qu'un exemple, je rappellerai en passant que les mots *titres* et *contrats*, qui dans

[1] Pothier, *loc. cit.*

le langage pur de la science désignent le fait investitif de droit, sont souvent dans la pratique, dans les auteurs et même dans nos codes, appliqués, par une extension abusive, à l'acte écrit dont on se sert pour prouver le fait qui a donné naissance au droit, c'est-à-dire, pour prouver le titre ou contrat proprement dit. Et de là, on s'est cru autorisé à soutenir devant les tribunaux que, lorsque l'acte écrit contenant des conventions synallagmatiques, n'a pas été fait conformément à l'article 1325 du Code civil, il n'y a rien eu de fait entre les parties.

Eh bien ! c'est sur une logomachie du même genre qu'on s'appuie pour soutenir que la volonté de celui qui offre doit persister jusqu'à la réponse.

Les autorités que j'essaye de combattre sont puissantes; je demande la permission d'insister sur la réfutation qu'elles me semblent appeler.

Je crois qu'il est évident que ce n'est pas la *volonté*, que ce n'est pas le *consentement*, conception interne de l'esprit, qui est l'élément du contrat, mais la *manifestation* de cette volonté, de ce consentement.

Ceci posé, il est clair, je le répète, qu'il ne suffit pas de changer de volonté pour empêcher la perfection du contrat : il faut que vous manifestiez ce changement, de manière que j'en sois averti avant d'avoir répondu à votre première pensée, sinon il y aura eu accord, et dès lors votre rétractation sera tardive.

Il ne doit pas y avoir d'équivoque : non-seulement il faut que vous exprimiez votre changement de volonté, mais encore il faut que j'en aie eu connaissance; car, sans cela, ce serait absolument comme si ce changement d'intention n'existait pas.

Merlin et M. Troplong disent qu'on n'est pas lié par une promesse qu'on a faite, *mais qui n'a pas été entendue*. Cela est très-vrai; par la même raison, ces auteurs devraient ajouter : *On n'est pas délié par une rétractation qu'on a faite, mais qui n'est pas parvenue, ou qui n'est parvenue qu'après la perfection du contrat.*

On le voit, MM. Merlin et Troplong posent eux-mêmes les véritables principes qui doivent régir cette matière.

Mais, ajoute-t-on, si je meurs, si je perds la raison avant que

vous n'ayez reçu ma lettre, y aura-t-il contrat? Non ; car au moment où je vous ferai ma réponse, au moment où interviendra la manifestation de mon adhésion, vous ne pourrez plus la recevoir. Exemple : deux personnes sont présentes ; Pierre veut vendre sa maison à Jacques moyennant 20. Jacques désire acheter cette maison également moyennant 20. Pierre fait sa proposition, et dans le moment où Jacques va manifester son adhésion, Pierre meurt subitement ou devient fou : il n'y aura rien de fait, il n'y aura pas de contrat, parce qu'il a manqué un élément essentiel, la manifestation de l'acceptation qui n'a pu être faite à temps [1].

§ II. — Quel sera le moment où l'on devra considérer le contrat comme parfait?

Ce sera celui où j'expédierai ma réponse; ce sera le moment où il ne sera plus en mon pouvoir d'arrêter cette réponse.

Si le contrat se forme par paroles, ce sera à l'instant même où j'aurai prononcé de manière à me faire entendre de celui à qui je m'adresse, le mot : *J'accepte*. Si c'est par lettre, ce sera au moment où la lettre sortant de mes mains passera dans celles du messager chargé de la porter à son adresse.

L'opinion que je soutiens repose, ce me semble, sur le bon sens. Paul, de Chartres, écrit à Lucien, de Paris, une lettre dans laquelle il lui dit : « J'ai 50 mesures de blé que je vous vends, si vous les voulez, à raison de 20 francs la mesure. » Lucien répond immédiatement : « J'accepte l'offre que vous m'avez faite ; notre

[1] Toute cette théorie ne peut-elle pas être réfutée par une observation bien simple? Sans doute il faut que la volonté des contractants soit manifestée pour que le contrat se forme; il est également vrai que si le changement de volonté n'est pas manifesté, le consentement d'abord exprimé doit produire son effet; mais précisément si le changement a eu lieu, et s'il ne peut y avoir de doute sur son existence, il anéantit la première volonté; peu importe qu'il ne soit point parvenu à la connaissance de celui à qui avait été adressée la proposition.

Il ne faut pas appliquer absolument la même règle à la volonté nécessaire pour la formation du contrat et au changement de volonté. La pollicitation doit nécessairement être connue de celui avec qui va exister le *vinculum juris*; car, sans cela, il est impossible qu'il y ait acceptation de sa part. Mais quant au changement de volonté, il suffit qu'il existe certainement, quoique non encore connu de la partie à qui la proposition aurait été faite, parce que, dès qu'il est constant qu'il existe, il n'y a plus de consentement; il n'y a plus qu'une vaine manifestation, qu'une apparence sans réalité. (*Note des directeurs de la Revue.*)

marché est conclu; j'attends votre blé. » Puis, aussitôt sa lettre partie, comptant naturellement sur l'acquisition qu'il vient de faire par lettre, comme il eût dû compter sur une acquisition faite par paroles, Lucien va trouver Jacques et revend à celui-ci les mêmes mesures de blé moyennant 30 francs la mesure : ce sont là de ces choses qui se voient tous les jours dans le commerce.

Mais Lucien, en rentrant chez lui, trouve une lettre dans laquelle Paul lui dit : « Je suis bien fâché, j'ai changé d'avis; ne comptez pas sur mon blé. » *Quid juris?*

Balde, Pothier, Merlin, Toullier, M. Duranton, M. Troplong et d'autres, décident que la rétractation est arrivée à temps; car lorsque Paul de Chartres a envoyé sa seconde lettre à Lucien, celui-ci n'avait pas encore reçu la première, par conséquent il n'y a pas eu de contrat formé entre eux.

Mais que deviendra le marché fait verbalement entre Lucien et Jacques? Jacques a déjà peut-être revendu à son tour la même marchandise; car dans le commerce les opérations se succèdent souvent très-rapidement.

On lit dans Balde : « Puto tamen, quod recipiens nuncium vel » epistolam, si aliquas impensas fecisset, vel *damna* habuisset » propter nuncium vel epistolam, ante scientiam vel certioratio- » nem de pœnitentiâ mittentis, ad expensas et damna posset » agere. »

Et Pothier et Merlin adhèrent à l'opinion de Balde, et M. Troplong l'approuve également. M. Pardessus pense même que, si Lucien, touché de l'offre, avait fait des frais d'expédition, il y aurait également lieu à lui accorder des dommages-intérêts.

Pourtant, d'après ces auteurs, le contrat n'avait pas encore reçu sa perfection lors de la rétractation : il n'y avait donc eu rien de fait. Pourquoi donc condamner à des dommages-intérêts celui qui s'est rétracté, alors que vous prétendez qu'il avait le droit de le faire? A-t-on jamais vu les tribunaux condamner quelqu'un pour avoir usé de son droit? Est-ce qu'il n'y a pas là une contradiction flagrante qui accuse évidemment le système que j'essaye de combattre? De deux choses l'une : ou le contrat était parfait par l'acceptation de celui à qui l'offre avait été adressée, et alors celui qui avait fait la pollicitation ne voulant pas livrer la mar-

chandise qu'il avait vendue, devra être condamné à des dommages-intérêts : ou bien le contrat n'était pas parfait, il était resté en suspens, à l'état de projet, et alors, dans l'hypothèse que j'ai posée, Lucien, de Paris, a eu tort de trop s'empresser de revendre ou de faire des frais pour envoyer chercher la marchandise qu'on avait proposé de lui vendre et qu'il avait acceptée; mais s'il a *eu tort* de trop se presser, Paul ne devra pas souffrir de sa faute.

Je me place dans l'espèce citée par Pothier : Si Paul de Chartres, au lieu de proposer à Lucien de Paris de lui vendre du blé, lui avait proposé de lui en acheter et lui eût dit : « Vous avez 20 mesures de blé à vendre, je vous propose de les acheter à 20 francs, » et que Lucien lui eût répondu immédiatement : « J'accepte votre offre et je vais vous expédier le blé, » qu'adviendra-t-il si, immédiatement après le départ de sa lettre, Lucien, qui ne connaît pas l'opinion que je combats, n'écoutant que sa conscience, croyant sa parole irrévocablement engagée par la lettre d'adhésion qu'il a adressée à Paul, refuse de vendre les mêmes blés moyennant 30 francs à une autre personne qui était venue pour les acheter; et que le même jour, un instant après le départ de cette personne qu'il ne connaissait pas, qu'il ne reverra plus, il reçoive une lettre de Paul, partie de Chartres une heure après la première, qui le prévient qu'il a changé d'avis, qu'il ne veut plus des blés?

On prétend que Paul use de son droit, que le contrat n'était pas parfait, que la lettre contenant rétractation est arrivée quelques heures après la première, que, par conséquent, lorsque Paul a changé d'avis, la lettre contenant pollicitation n'était pas encore parvenue à Lucien, que lorsque Lucien, abusé par l'apparence, a acquiescé à l'offre, Paul ayant déjà changé d'intention à Chartres, sa volonté n'ayant pas persisté, il a manqué au contrat l'un de ses éléments essentiels, le consentement de l'une des parties; qu'il n'y a rien de fait entre Paul et Lucien.

Mais Lucien, qui se figurait que le marché avec Paul était conclu, éprouve un dommage réel. Croyant avoir vendu ses blés moyennant 20 francs, il a refusé, en honnête homme, de les revendre une seconde fois moyennant 30.

Lucien *s'est trompé;* le marché n'était pas encore parfait lorsqu'on lui a offert 30 francs de ses blés; il *a eu tort* de refuser, puisqu'il n'était pas encore engagé, selon Pothier et les jurisconsultes qui adoptent sa doctrine; et cependant Pothier pense que Paul lui devra des dommages-intérêts!!...

Oui, dans les espèces que je viens de poser, il sera dû des dommages-intérêts; les refuser, ce serait violer l'équité, heurter de front la raison, rendre impossible, tant il serait dangereux, ce mode de contracter par lettres. Et les commerçants et les industriels, et toutes les personnes qui sont éloignées les unes des autres, et qui n'ont aucun moyen de communiquer oralement, se trouveraient dans un embarras extrême s'il n'était plus possible de traiter avec quelque sécurité les affaires par correspondance. Oui, encore une fois, il est juste, il est utile d'accorder des dommages intérêts à celui qui a souffert un préjudice. Mais ce n'est pas en présentant le système des auteurs que je viens de citer, qu'il faut les réclamer devant les tribunaux. Non, il ne faut pas dire : Il n'y a eu rien de fait entre nous; donc indemnisez-moi du préjudice que m'a causé l'erreur que j'ai commise en croyant qu'il y avait eu quelque chose de fait.

Je crois qu'il est bien plus rationnel de dire que ce n'est pas la volonté ou le changement de volonté qui fait ou défait les contrats, mais que c'est la manifestation de la pensée qui est leur élément constitutif.

Si par un moyen quelconque je pouvais faire en sorte que ma rétractation vous parvînt avant que vous eussiez eu connaissance de ma proposition ou de mon acceptation, le contrat ne se formerait pas. Car, il faut le répéter, c'est par la manifestation des volontés que se forment les contrats; et dans ce cas, ce qui arriverait serait analogue à ce qui se passerait si, étant en présence d'une personne qui a le désir d'acheter ma maison moyennant 20, je disais : Je viens de changer d'idée; mais j'avais, il n'y a qu'une seconde, l'intention de vous vendre moyennant 20.

Les arrêts qui ont décidé que la pollicitation, non encore suivie d'acceptation, n'oblige pas, ont consacré un principe très-vrai en lui-même; il ne s'agit que de s'entendre sur son application.

Pour confirmer ce que je viens de dire, je vais emprunter à M. Troplong, qui pourtant est bien contraire à mon système, une phrase qui me paraît être concluante en ma faveur. Il dit : « Une lettre est la pensée fixée par écrit et envoyée à celui qui » est absent; elle rapproche les individus éloignés, et les met » pour ainsi dire en présence. »

Cela est parfaitement exact, et pour trancher les difficultés qui pourraient naître, à propos de questions analogues à celles que je viens d'examiner, il faudra supposer que ce qui a été dit par lettre a été dit verbalement entre personnes présentes, et décider ces difficultés par les principes admis par tout le monde entre personnes contractant verbalement.

§ III. — Celui qui a adhéré à une offre doit-il prouver que le destinataire de la réponse l'a reçue ?

Je le pense, et je suis très-heureux de n'avoir plus pour contradicteurs les savants jurisconsultes que tout à l'heure il me fallait combattre.

« Pour que la correspondance des parties fasse preuve de leur » consentement à la vente, dit M. Troplong, il est indispensable » qu'elle contienne la preuve d'un acquiescement bilatéral; car » si l'on ne produisait que la lettre de celui qui a fait l'offre, sans » réponse de l'autre partie pour faire connaître son acceptation, » il n'y aurait pas de preuve d'un contrat. »

D'après la manière de voir que j'ai émise ci-dessus, il faudrait obliger la personne qui aurait accepté verbalement l'offre verbale qu'on lui aurait faite, à prouver que son acceptation, que le mot : *J'accepte*, a été entendu de celui à qui il s'adressait.

Quant à la question de savoir si un contrat contenant des conventions synallagmatiques peut être prouvé par lettres, elle sera certainement toujours décidée par l'affirmative [1].

J'ai dit que, dans mon opinion, il faut prouver que le destinataire de l'acceptation l'avait réellement reçue. Mais on conçoit qu'il sera souvent difficile à celui qui a répondu à une pollicita-

[1] Troplong, Vente, n° 31.

tion faite par lettre missive, de justifier, en cas de dénégation, que la réponse par lui faite a été non-seulement envoyée par lui, mais encore a été reçue par celui à qui elle était adressée. Et la difficulté de cette preuve peut rendre dangereux ce mode de contracter.

En effet, le destinataire de la lettre contenant acceptation de l'offre pourra facilement en justifier, et ainsi, à son égard, l'autre partie se trouvera liée; tandis que lui, destinataire de la réponse, il pourra, si postérieurement à la réception il change de volonté pour quelque cause que ce soit, il pourra, dis-je, en niant la réponse, rendre impossible ou au moins très-difficile à l'autre partie la preuve du contraire.

Pour éviter cet inconvénient, qui peut mettre en quelque sorte l'une des parties à la merci de l'autre, il y aurait, ce me semble, un moyen assez simple que pourrait employer celui qui adresse la réponse.

Les bureaux de la poste aux lettres doivent, d'après les prescriptions de l'instruction générale pour le service des postes et l'ordonnance du roi du 21 juillet 1844, délivrer à l'envoyeur des lettres *chargées* ou *recommandées*, un récépissé détaché d'un livre spécial, récépissé contenant, 1° le nom de l'envoyeur, 2° celui du destinataire et le lieu de la destination, 3° la date de l'envoi, 4° le timbre du bureau. Et ces indications se trouvent également mentionnées au registre duquel a été détaché le récépissé. L'administration des postes prescrit de plus, pour ces lettres, des précautions toutes particulières pour en assurer l'arrivée ponctuelle à leur destination.

Enfin, et c'est là un point très-important à considérer, le destinataire de la lettre, aussitôt qu'elle arrive au bureau de destination, est prévenu, s'il s'agit d'une lettre chargée, et il doit venir lui-même ou envoyer un fondé de pouvoir pour la retirer, et la remise n'a lieu que contre un reçu donné sur un registre où se trouvent rappelées toutes les indications mentionnées au bureau de l'envoyeur. En sorte que ces indications viennent constater parfaitement l'identité de la lettre envoyée avec celle reçue.

Si, au lieu de *charger* sa lettre, ce qui donne lieu à la per-

ception d'une double taxe, l'envoyeur se contentait de la *recommander*, la taxe ne serait pas augmentée, et on lui délivrerait, de même que pour les chargements, un récépissé contenant les indications que j'ai rappelées ci-dessus, et la lettre recommandée ne serait remise au destinataire que contre un reçu sur un registre spécial que portent les facteurs.

Au besoin, l'administration des postes délivre des duplicata ou des certificats des récépissés donnés par elle, ou des reçus qui lui ont été donnés par les destinataires des lettres.

Ainsi, en *chargeant* ou *recommandant* sa lettre au bureau de la poste, la partie qui envoie une adhésion à une pollicitation s'assure, pour le cas où cela deviendrait nécessaire, un moyen facile et certain de prouver que réponse a été faite, et que cette réponse est réellement parvenue à son destinataire.

Indépendamment de ce moyen de preuve, qu'il sera, je crois, prudent de se ménager, l'envoyeur de la réponse contenant acceptation pourra encore avoir recours aux preuves ordinaires indiquées par la loi, telles que la preuve littérale, la preuve testimoniale, dans les cas où elle peut être admise, le commencement de preuve par écrit, l'aveu et le serment.

Charles GUIARD.

Du système allemand et du système français quant à l'organisation de l'enseignement du droit.

Par M. E. BONNIER, professeur à la faculté de droit de Paris.

DEUXIÈME ARTICLE [1].

Avant de poursuivre l'examen des innovations que l'on voudrait introduire dans le régime de nos Facultés, afin de le rapprocher de l'organisation germanique, il convient de bien déterminer le but vers lequel tendent les partisans de ces innovations. Pour quiconque veut aller au fond de ce débat, sans prendre le change sur la question qui s'agite, il est évident que les attaques de certains hommes ne portent pas en réalité sur la forme des examens, sur le mode de l'enseignement, sur le concours même, bien qu'il ait donné lieu à tant de déclamations de leur part ; ou du moins que, s'ils font la guerre à ces institutions, c'est en tant qu'on peut les considérer comme des ouvrages avancés destinés à défendre la place qu'ils s'efforcent de détruire. Le véritable point de mire de leurs attaques, c'est l'esprit qui domine aujourd'hui dans l'enseignement du droit, c'est contre cette tendance, à la fois positive et scientifique, que les novateurs les plus accrédités auprès du pouvoir répètent sans cesse leur *delenda Carthago*.

Donner une plus large part dans l'enseignement du droit aux connaissances philosophiques et historiques, diminuer l'importance des études positives qui se rattachent au texte de nos lois : voilà évidemment le double but que l'on veut atteindre, en soumettant nos Facultés à l'épreuve d'une réforme radicale. Sans doute, s'il ne s'agissait que de combattre le système qui dominait encore naguère, et suivant lequel l'enseignement tout entier doit se renfermer dans l'exégèse, il n'y aurait rien là que de parfaitement raisonnable. Ce système, nous nous empressons de le recon-

[1] *V.* ci-dessus, cahier de février, p. 150.

naître, a rendu de véritables services à la science. Lorsque le mouvement auquel la *Thémis* donna autrefois l'impulsion a fait prévaloir, sur un dogmatisme stérile et inintelligent, l'étude consciencieuse des textes, un champ nouveau a été ouvert aux investigations juridiques, et l'instruction positive a fait d'immenses progrès. Mais l'esprit humain sait rarement s'arrêter sur la pente d'une réaction. Les plus ardents finirent par transformer le culte des textes en une véritable idolâtrie. On en vint jusqu'à soutenir qu'avec les articles de nos Codes et la logique de Condillac, il n'était pas de question de droit que l'on ne pût résoudre. De là cette tendance à substituer partout le commentaire au traité, tendance devenue si universelle, que M. Troplong a cru devoir asservir à l'ordre numérique des articles le développement de ses théories, dont le caractère pourtant est si essentiellement dogmatique. Mais on commence à revenir aujourd'hui de cet engouement pour l'application exclusive de la méthode exégétique. Le besoin qu'éprouve tout esprit sérieux de se rendre compte d'une doctrine avant de l'accepter, les questions mêmes que soulève la pratique en dehors du texte de nos lois [1], ont fait sentir la nécessité d'asseoir l'interprétation sur des bases rationnelles, de l'éclairer par les antécédents historiques. Si les systèmes bâtis *à priori* doivent être à jamais repoussés, il ne saurait en être de même des théories qui s'appuient d'une part sur la philosophie et sur l'histoire, et d'autre part sur l'examen approfondi des lois positives. C'est ainsi que, dans les sciences physiques, on a construit d'abord le système du monde à l'aide de données purement imaginaires; puis, quand l'expérience a eu fait justice de ces rêveries, on n'a point renoncé pour cela à toute idée générale, mais on s'est efforcé de puiser dans l'observation seule la connaissance des lois de la nature, et c'est par cette voie qu'on est parvenu aux plus importantes découvertes. Il faut suivre une marche analogue dans la science du droit, étudier d'une part les textes avec une laborieuse patience, appliquer d'autre part les connaissances philosophiques à l'observation des lois de la nature

[1] Comment comprendre l'emphytéose, sur laquelle le Code civil est muet, sans le secours des notions historiques? Et les baux emphytéotiques sont encore en pleine vigueur dans une grande partie de la France!

humaine, les connaissances historiques à l'observation des faits sociaux; ce n'est qu'en combinant toutes ces données qu'on peut se faire des idées d'ensemble, arriver à des conclusions vraiment scientifiques.

Mais c'est toujours à l'interprétation des textes que doivent aboutir les doctrines. Aujourd'hui, au contraire, par une réaction tout opposée à la tendance purement exégétique, on voudrait placer la science du droit dans une région abstraite, en laissant aux praticiens le soin de déterminer le véritable sens des dispositions de la loi. C'est un travail stérile suivant M. Laboulaye [1], que de vouloir donner une interprétation nouvelle à un article de nos Codes, *dont la jurisprudence a depuis trente ans déterminé le sens.* Mais l'étude du droit peut-elle se poser ainsi en dehors de toute vue d'application? Faut-il scinder le domaine juridique en deux parts : l'une toute scientifique, où la doctrine s'occuperait à rechercher la vérité abstraite, l'autre toute pratique, où l'on reconnaîtrait à la jurisprudence une autorité absolue? Sans doute la science étudiée en vue de la science, suivant l'esprit qui domine en Allemagne, ne peut qu'élever l'âme de ceux qui la cultivent. Mais, si elle ne sort point de ce superbe isolement, elle devient stérile en résultats pour la société, et cependant la science du droit est éminemment sociale. La pratique, de son côté, a besoin pour se vivifier, d'être éclairée par les lumières de la théorie. « Le jour où l'on verrait, » a dit M. Rossi [2], « une sorte de schisme se déclarer entre l'école et le » palais, entre la science et les faits, entre le droit et la jurispru- » dence; ce jour, la théorie deviendrait chimérique et la pra- » tique aveugle. » Veut-on dire seulement qu'en fait la jurisprudence est fixée, et qu'on ne peut espérer la changer? Mais rien de moins exact que cette assertion. Il n'y a qu'à ouvrir les recueils d'arrêts pour voir combien de questions importantes ont été résolues diversement par les cours royales, sur combien de points essentiels la cour de cassation elle-même a varié et peut varier encore! Que de revirements inattendus dans les décisions de la cour suprême sur la question du duel, sur celle de l'adoption des

[1] *Revue de législation*, n° de novembre, p. 354.
[2] Discours prononcé à la séance d'ouverture du concours d'Aix, le 18 avril 1843.

enfants naturels, etc.! Et sur une matière d'un intérêt journalier, sur la fixation de la réserve en faveur des enfants et de la quotité disponible, que de systèmes cette cour n'a-t-elle pas successivement adoptés et abandonnés, sans que l'on puisse encore aujourd'hui déterminer au juste celui auquel elle doit définitivement s'arrêter! Renoncer par obséquiosité ou par paresse à se faire une opinion par soi-même dans les questions controversées, ce serait se condamner trop souvent au scepticisme, en présence de tant de variations et d'incertitudes. Non, la science de Merlin n'a pas encore fait son temps, et une critique consciencieuse et modérée peut encore exercer une influence salutaire sur la jurisprudence, que nous voyons se modifier et se réformer tous les jours.

Nous croyons avoir suffisamment précisé la tendance du système que nous combattons. Poussant à l'extrême la réaction, légitime dans son principe, qui s'opère contre l'école exclusivement exégétique, ce système en vient à placer le droit en dehors de toute application, dans la région de l'érudition pure et de la métaphysique abstraite. Et ce n'est pas là seulement méconnaître la vocation pratique du jurisconsulte, telle qu'elle a existé de tout temps; c'est aussi ne tenir aucun compte de l'immense différence qui existe aujourd'hui entre l'état social de la France et celui de l'Allemagne. M. de Salvandy a fait ressortir très-nettement cette différence, dans son exposé adressé à la haute commission des études de droit en 1838 [1].

« Si, en Allemagne, l'étude du droit n'est pas seulement plus » savante, plus érudite que parmi nous, si, en outre, elle a » quelque chose de plus philosophique, si elle s'y rattache da- » vantage aux plus hautes spéculations de la pensée...., on pour- » rait trouver une raison à cette différence. La France a passé, si » on peut parler ainsi, l'âge des spéculations et des théories; les » idées générales, les principes abstraits, ont fait leur temps » parmi nous. Avant 1789, l'esprit français était éminemment » philosophique, ou croyait l'être. La philosophie était invoquée

[1] Il y avait dans cet exposé, à côté d'excellentes choses, des assertions un peu hasardées, dont la malveillance s'était emparée. Aujourd'hui l'expérience a opéré un heureux changement dans les convictions de M. de Salvandy; nous le verrons tout à l'heure se rallier franchement au principe du concours, qu'il voyait d'un œil peu favorable en 1838.

» partout..... C'est le propre des peuples en travail. Mais lorsque » les révolutions sont venues, lorsque surtout elles ont donné les » biens dont on était préoccupé, conquis les droits qu'on am- » bitionnait; alors les esprits s'arrêtent, ils redescendent des » hautes théories à des études plus positives et désormais plus » utiles. Ils ne spéculent plus, ils appliquent..... Voilà le point » où est la France. Ce caractère n'est donc pas non plus un signe » de faiblesse et d'infériorité, c'est le résultat de toutes nos con- » quêtes, c'est le témoignage de tous nos progrès. L'Allemagne, » en effet, ne toucherait-elle pas au point où nous en étions dans » le siècle dernier? L'enseignement philosophique de ses univer- » sités n'accuserait-il pas dans les esprits des besoins qui ne se » font plus sentir parmi nous, parce que nos institutions y ont » pourvu? Nous possédons ce qu'ailleurs on n'aspire pas encore » clairement à conquérir. »

Le caractère vague et indécis de la législation allemande se retrouve dans le système d'enseignement de ses universités : ce qui vient à l'appui des observations si judicieuses de M. de Salvandy. Ainsi, dans le plan d'études de l'université de Leipzig, que M. Laboulaye nous présente comme *large et bien combiné*[1], nous voyons figurer l'*encyclopédie philosophique* (distincte de l'encyclopédie juridique), la *philosophie*, l'*histoire universelle*, les *mathématiques pures*, les *mathématiques appliquées*, enfin les *disputatoria sur des objets d'étude générale!* Franchement, à moins d'adopter la méthode Jacotot, suivant laquelle *tout est dans tout*, il est impossible de voir dans un pareil programme un plan d'études spécialement adapté à la jurisprudence.

Nous avons vu à quoi aboutit cette *liberté de l'étudiant* qu'amène l'absence d'études précises et positives dans le système germanique. Nous allons voir maintenant jusqu'où a été portée dans ce système, sous l'influence des mêmes causes, ce qu'on appelle la *liberté du professeur*.

[1] *Revue de législation*, p. 313.

II. De la liberté du professeur.

Quelle est la base sur laquelle repose l'organisation allemande? Y a-t-il au delà du Rhin, comme on nous le dit, *liberté de l'enseignement* dans la sphère de l'instruction supérieure? S'il en était ainsi, il serait libre à chacun, en remplissant certaines conditions de capacité et en se soumettant à la surveillance de la police, d'ouvrir des cours de droit, de médecine, etc., sans avoir besoin d'aucune autorisation? Que cette liberté soit aussi essentielle à établir, lorsqu'il s'agit d'une préparation spéciale à certaines fonctions publiques, que lorsqu'il s'agit de l'instruction secondaire, qui s'adresse à tout le monde, c'est ce que nous n'avons pas à examiner ici. Ce qu'il y a de certain, c'est que rien de pareil n'existe en Allemagne. On y est resté fidèle aux traditions du moyen âge, et en conséquence le monopole y appartient, non pas à l'État, mais à certaines corporations. Ressusciter chez nous un pareil régime, ce serait reconstruire nos anciennes universités, qui n'existent plus que dans l'histoire; ce serait détruire l'unité qui fait la force et la gloire de notre université moderne, à côté de laquelle on peut concevoir des écoles libres, mais jamais des corporations constituées. D'ailleurs ce retour au passé, s'il était possible, dépasserait les limites d'une réforme dans l'enseignement du droit. Il impliquerait, de la part du gouvernement, abdication de la haute direction universitaire [1], et cette abdication, qui ne serait rien moins qu'opportune dans les circonstances actuelles, personne, excepté M. Laboulaye, ne la réclame sérieusement.

En Allemagne, la liberté du professorat, qui n'est point la liberté de l'enseignement, puisqu'elle n'appartient qu'aux membres de certaines corporations, consiste dans la faculté accordée au professeur, une fois institué, d'enseigner *ce qu'il veut*, *quand*

[1] On nous dit qu'en Allemagne la Faculté *garantit* à l'État que l'enseignement sera complet. Mais que devient cette garantie si, comme nous allons le voir, les cours publics ne se font que pour la forme, tandis que les développements importants sont réservés pour les cours payés, qui sont purement facultatifs, soit pour le professeur, soit pour l'étudiant?

il veut, et comme il veut [1]. Et pour l'exciter à faire usage de cette faculté, il lui est alloué un traitement proportionnel au nombre d'étudiants inscrits aux divers cours qu'il peut ouvrir. Les leçons sur la partie de l'enseignement dont il est titulaire, les seules gratuites, sont en petit nombre et de pure forme [2].

A en croire M. Laboulaye, les résultats de cette organisation seraient admirables. Mais comment le prouve-t-il? Est-ce en montrant que les Facultés allemandes fournissent au barreau, à la magistrature, à toutes les fonctions publiques, un plus grand nombre de sujets capables que les Facultés françaises? Nullement. Il affirme seulement que la Faculté de Berlin donne soixante et onze cours par an, tandis que la Faculté de Paris n'en donne que dix-huit, et que les professeurs prussiens enseignent trois fois autant que les professeurs français.

Il y avait naguère un engouement aveugle pour la statistique. On commence aujourd'hui à se défier un peu de ces calculs comparatifs où l'art de *grouper les chiffres*, suivant l'expression de M. Thiers, joue souvent un grand rôle. C'est ainsi que M. Laboulaye trouve moyen de doubler les cours de la Faculté de Berlin, qu'il porte à soixante et onze, en joignant aux trente-cinq cours faits dans le premier semestre les trente-six cours faits dans le second. S'il n'en compte que dix-huit à la Faculté de Paris, c'est qu'il n'y fait entrer en ligne de compte qu'un seul semestre. Il est probable cependant que les cours du second semestre ne sont pas à Paris, plus qu'ailleurs, la répétition pure et simple des cours du premier. Il faut dès lors, dans cette manière de calculer, porter à trente-six le nombre des cours qui se font à Paris. La proportion n'est donc pas du quart, mais seulement de moitié, ce qui ne laisse pas de faire une certaine différence. De même il n'évalue qu'à une heure la durée moyenne des leçons qui se font chez nous, lorsque cette durée est notoirement d'une heure un quart au moins, et souvent d'une heure et demie. Enfin plusieurs professeurs, et notamment ceux de Code civil, voulant donner à leurs élèves une instruction plus approfondie, ajoutent à leurs leçons ordinaires un assez grand

[1] *Revue de législation*, p. 333.
[2] *Revue de législation*, p. 336.

nombre de leçons supplémentaires qui, pour être gratuites, n'en sont pas moins un précieux service rendu au progrès des études. Il serait injuste de ne tenir aucun compte de ces leçons. Voilà des détails qui peuvent paraître un peu minutieux, mais ils font ressortir ce qu'il y a d'exagéré dans la différence signalée entre les deux organisations quant au nombre des leçons données soit à Paris, soit à Berlin.

Ce nombre toutefois est plus considérable en Allemagne, nous l'avouons. Mais y a-t-il profit pour la véritable et solide instruction à rechercher dans les cours la quantité plutôt que la qualité? Sans vouloir répéter ici les plaisanteries un peu usées qu'on a souvent faites contre la lourdeur germanique, nous pensons du moins qu'on ne saurait, sans mentir à l'évidence, accorder aux Allemands plus de spontanéité, plus de qualités brillantes que nous n'en possédons nous-mêmes. C'est cependant ce qu'il faudrait supposer, si les cours si nombreux de leurs universités avaient en effet l'éclat et la vie que leur prête l'imagination de M. Laboulaye. Ce serait un phénomène unique peut-être qu'un professeur passant une grande partie de sa journée à faire d'excellentes leçons sur une foule de matières diverses, sans que la fécondité de sa verve se ralentît un seul instant. Si l'Allemagne était douée en effet de cette faculté merveilleuse, que Naples même, la cité des improvisateurs, pourrait lui envier, il ne nous resterait plus qu'à avouer humblement la faiblesse française et à nous incliner devant la supériorité du système germanique. Malheureusement, s'il faut en croire non les Français qui ont traversé le pays, mais les Allemands qui y ont fait toutes leurs études de droit, la réalité est loin de tenir les promesses de ce magnifique programme. Les professeurs allemands n'échappent pas plus que d'autres à cette loi de l'humanité qui veut qu'à l'exception de quelques rares génies encyclopédiques, nous soyons exposés à perdre en profondeur ce que nous gagnons en superficie dans nos études. La plupart de ceux qui occupent si longtemps la chaire ne viennent à bout de cette rude tâche qu'en employant la déplorable ressource des dictées, heureusement tombées en désuétude dans nos Facultés françaises. Un docteur qui a recueilli avec soin toutes les dictées de ses maîtres, évalue à plus de cin-

quante kilogrammes le poids des volumineux cahiers qu'il conserve chez lui. Est-ce là le moyen d'élever, ou bien d'hébéter l'intelligence de la jeunesse? C'est ce malheureux système de dictées qui avait dépeuplé les amphithéâtres de nos anciennes Facultés. La même cause produit trop souvent le même effet en Allemagne. Bien des cours y sont peu fréquentés; le fond de l'auditoire se compose de *boursiers* à qui leur position, ainsi que nous allons le voir tout à l'heure, impose l'obligation rigoureuse de l'assiduité. Qu'importe dès lors la multiplicité des leçons, si ces leçons ne sont point suivies? Ce qu'il faut rechercher, ce n'est pas la satisfaction puérile de faire rester longtemps le professeur en chaire, c'est le fruit positif qu'on recueille de ses leçons. Eh bien! les Allemands qui assistent aux cours de la Faculté de Paris y trouvent cette spontanéité, ce mouvement qui font la vie de l'enseignement, et dont ils regrettent l'absence presque totale dans leur pays, asservi à une froide routine. N'accusons point du reste les hommes, qui font ce qu'ils peuvent, mais le système qui les oblige à éparpiller leurs forces intellectuelles, en les portant sur trop de directions à la fois. L'adage *qui trop embrasse mal étreint* n'est malheureusement que trop juste. Tel homme qui, en appliquant son activité à une seule branche de la science, eût fait un cours remarquable, ne donne que des dictées souvent médiocres et toujours décolorées, parce que, pour augmenter ses émoluments, il enseigne trop de matières en même temps. Il y a de glorieuses exceptions sans doute; mais ce n'est pas en vue de certaines exceptions, c'est eu égard à la moyenne des forces humaines qu'on doit organiser l'enseignement.

Cette organisation, telle qu'elle est conçue au delà du Rhin, ne peut qu'encourager la tendance de l'esprit germanique à s'en tenir aux généralités d'une matière, sans se livrer à une investigation approfondie des doctrines positives. Les sujets même des cours ne sont pas bien fixés. Comment pourrait-il y avoir un programme clair et précis des examens? Le vague de l'examen final correspond parfaitement au vague de l'enseignement, où se reproduit du reste le caractère un peu nuageux de la science juridique allemande. Chez nous, au contraire, la codification conduit à un enseignement spécial, dont la sanction se trouve dans

les examens qui portent principalement sur les diverses parties du droit positif. Mais, en même temps que chaque professeur est chargé de traiter une branche particulière de la science, comme il est appelé dans les examens à interroger sur toutes les matières, il est obligé de se tenir au courant à l'égard des questions qui ne se rattachent pas directement à l'objet de sa chaire. Il s'établit ainsi une sorte de solidarité entre tous les membres d'une même Faculté quant au progrès scientifique. Cette organisation peut déplaire aux esprits dont nous avons signalé la tendance, et qui voudraient que certaines spécialités, dont la valeur réelle est souvent très-sujette à caution, fussent dispensées de faire preuve de connaissances positives sur les parties les plus importantes du droit. De là leur antipathie pour les examens où ces connaissances sont indispensables. Mais, parce qu'il serait plus facile peut-être à telle ou telle notabilité de présenter à l'Institut un mémoire sur quelque point obscur des antiquités du moyen âge, que de justifier de notions sérieuses et approfondies sur les diverses branches de l'enseignement juridique, faut-il supprimer les garanties du travail?

Revenons au professorat. La division du travail intellectuel y est consacrée chez nous par une longue expérience. Nous ne voyons pas qu'à la Faculté de médecine, à la Faculté des sciences, etc., on réclame le déclassement de l'enseignement, si l'on peut s'exprimer ainsi, et la liberté pour chacun de professer, comme en Allemagne, *ce qu'il veut, quand il veut, et comme il veut.* Il peut arriver toutefois qu'un professeur désire traiter une matière qui ne rentre pas dans le cadre de son enseignement, mais pour laquelle il se sent une vocation spéciale? Est-il vrai que l'organisation actuelle lui ôte toute possibilité d'entrer dans cette voie? Si, en effet, un membre de la haute commission des études de droit se plaint d'être condamné à donner *exclusivement* un cours de droit administratif [1], qu'il demande au ministre l'autorisation d'ouvrir un cours volontaire sur les matières historiques, qui sont l'objet de ses prédilections. Les précédents ne manqueraient pas à l'appui de sa demande. C'est

[1] *Revue de législation*, p. 352.

ainsi que notre honorable collègue, M. Cabantous, professeur de droit administratif à Aix, a été autorisé à faire un cours d'économie politique, matière qui se rattache moins intimement au plan ordinaire des études que l'histoire du droit. Rien ne s'oppose à ce qu'un professeur puisse traiter quelque matière favorite en dehors de ses leçons ordinaires, pourvu que son enseignement principal ne devienne pas de pure forme, comme les cours publics de l'Allemagne, que les étudiants ne suivent qu'*en petit nombre et par pure curiosité* [1]. Enfin, il faut aller plus loin, et reconnaître qu'il peut y avoir profit pour la science à ce que deux professeurs de la même Faculté, ayant épuisé leur activité sur les matières qui leur étaient respectivement assignées soient autorisés à effectuer entre eux une *permutation* d'enseignement, permutation qui n'affecterait en rien d'ailleurs leurs titres respectifs. Il y a sur ce point une lacune dans les règlements. Nous n'insisterons pas du reste sur cette question, notre collègue, M. Roustain, ayant fait de la permutation l'objet d'un travail spécial.

Mais, ce que nous ne consentirons jamais à admettre, ce qui serait un retour au moyen âge, c'est que l'on veuille exciter le professeur à multiplier indéfiniment ses leçons par l'appât du gain. A une époque où l'État n'avait pas encore de finances régulièrement organisées, il fallait de toute nécessité, ou que le professeur ne fût pas rétribué, ou qu'il le fût directement par ses élèves. Cette position, qui est encore aujourd'hui celle des maîtres de pension, n'était pas sans donner lieu à quelques plaintes dans la pratique, plaintes qui ont été exprimées dans ce vers si connu :

Scire volunt omnes, argentum solvere nemo.

Lorsque les ressources financières de l'État ont été mieux établies, on a senti chez nous qu'il convenait de considérer le professorat comme une fonction rémunérée directement par l'autorité publique, plutôt que comme une sorte d'entreprise industrielle. Si l'Allemagne, au contraire, a conservé cette rétribution du professeur par l'étudiant, ce n'est pas qu'elle ait soumis ce système à une discussion sérieuse; il a été maintenu chez elle par

[1] *Revue de législation*, p. 336.

l'empire des habitudes et des intérêts qui s'y rattachent, comme tant d'autres institutions surannées que la France a depuis longtemps abolies. Mais, puisqu'on veut le faire revivre aujourd'hui dans nos Facultés, montrons quels immenses inconvénients il entraîne, soit au point de vue de la science, soit au point de vue de la dignité du professeur.

Au point de vue de la science, nous avons déjà signalé les tristes résultats de la multiplication des cours outre mesure. Lorsque les professeurs font des leçons gratuites sur des matières qui ne rentrent pas dans l'objet de leur chaire, il est évident qu'ils agissent dans un but tout scientifique. Mais lorsque ces leçons amènent une rétribution proportionnelle au nombre des élèves inscrits, n'est-il pas à craindre qu'elles ne deviennent plus fréquentes, moins à raison de la vocation du professeur, vocation qui s'étend rarement à tant de sujets divers, qu'à raison des avantages matériels qu'il peut en espérer. C'est pour cela que les programmes des universités allemandes sont si surchargés. Mais ces programmes présentent de singulières inégalités quant à l'importance respective des matières, parce que chacun se porte à enseigner celles qui s'adaptent le mieux à la tournure de son esprit, sans se préoccuper du véritable intérêt des études. C'est ainsi qu'à Berlin, nous voyons dans le programme de l'année 1842-1843, année où il y avait trente-sept cours à la Faculté de droit, le droit commercial n'être enseigné qu'accessoirement avec le droit féodal, singulier amalgame! dans un cours plus général de droit privé germanique, tandis qu'il y a deux cours d'encyclopédie et deux cours de philosophie du droit. Il est vrai que ceux qui trouvaient trop imparfaite leur instruction en droit commercial, pouvaient se dédommager en suivant le cours de M. Stahl *sur la philosophie de Descartes, dans ses rapports avec l'éthique et la philosophie du droit!* Est-ce sérieusement qu'on veut nous proposer pour modèle une pareille organisation de l'enseignement?

Mais combien ce système n'est-il pas plus fâcheux encore en ce qui touche la dignité du professeur! Le cours n'ayant aucune sanction directe dans les examens, il ne reste pour garantie du travail que le certificat d'assiduité. Mais celui qui se montrerait

rigoureux sur cet article courrait risque d'avoir peu d'inscriptions à son cours, et les émoluments se calculent évidemment d'après le nombre des élèves inscrits, sans que l'on ait à rechercher s'ils assistent ou non aux leçons. C'est donc l'inscription qu'il faut provoquer à tout prix, et pour cela on se montre d'une facilité excessive pour la délivrance des certificats [1]. Et comment en serait-il autrement? Le professeur se trouve à la merci des étudiants, du bon plaisir desquels dépendent en grande partie ses émoluments, et il n'a pas vis-à vis d'eux plus d'autorité pour maintenir la discipline, qu'un officier de la garde nationale n'en peut avoir vis-à-vis des hommes de sa compagnie à la veille d'une réélection. L'étudiant acquiert, en payant, le droit de ne pas suivre les cours; heureusement, pour éviter un vide complet, on a établi des auditeurs obligés, et ce sont précisément ceux qui ne payent point. Des étudiants pauvres, désignés sous le nom de *boursiers*, sont dispensés de tous frais d'étude, à charge de justifier de leur assiduité. Si l'on en croit M. Laboulaye, le professeur allemand ne doit sa position qu'à lui-même; *ces étudiants qui l'écoutent, c'est sa parole qui les retient* [2]. Eh bien! que cette phrase de M. Laboulaye devienne une vérité, qu'on fasse disparaître des Facultés allemandes les auditeurs obligés, les boursiers, et l'on verra combien de cours, non, disons mieux, combien de dictées se feront dans le désert! Faut-il parler des déplorables manœuvres qu'entraîne cette sorte de concurrence industrielle, des intrigues scientifiques employées pour dénigrer le collègue dont le succès froisse non-seulement l'amour-propre, mais l'intérêt pécuniaire d'un rival? Si une pareille collision peut entraîner de fâcheux résultats, c'est surtout dans un siècle où l'esprit de concurrence et d'individualisme a fait malheureusement d'immenses progrès. Faire payer le professeur par l'étudiant, ce serait introduire au sein de nos Facultés un ferment de discorde et de scandale.

[1] C'est ce que reconnaît un professeur de Tubingue même, M. de Mohl, dans un article sur l'enseignement administratif, lorsqu'il nous dit que dans certains États de l'Allemagne le candidat doit justifier d'avoir suivi, *ou du moins payé à l'Université* quelques cours sur les sciences politiques (*Revue de législation*, numéro d'octobre 1844, p. 164).

[2] *Revue de législation*, p. 351.

Il serait à craindre aussi chez nous, si l'on mesurait l'importance des cours par le nombre des étudiants inscrits, que les matières qui ne présentent qu'un intérêt purement philosophique ou historique ne fussent délaissées. Pour répondre à cette objection, on propose d'établir, comme en Belgique, plusieurs catégories de traitements fixes. Mais ne vaut-il pas mieux prévenir le mal que le réparer? D'ailleurs, ce supplément de traitement donné au professeur n'empêcherait pas que certaines études ne fussent gravement compromises. Que deviendrait celle du droit romain [1], par exemple, lorsqu'elle serait purement volontaire, lorsqu'on ne pourrait suivre qu'en payant des cours sur cette matière, tandis que beaucoup de paresseux payeraient plutôt pour ne pas les suivre, lorsqu'enfin il n'y aurait plus aucune épreuve spéciale pour s'assurer de l'instruction de l'étudiant dans cette branche si importante du droit? Nous ne saurions trop le répéter, l'intérêt de la science et la dignité du professorat sont d'accord pour réclamer le maintien de nos institutions françaises : du principe libéral, qui veut que les cours soient gratuits, et du principe d'égalité, qui repousse la diversité de traitement entre les membres d'une même Faculté.

Mais alors, dit l'honorable écrivain, *rien ne distingue l'homme éminent de l'homme médiocre* [2]. Ces paroles d'un membre de la haute commission nous ont profondément affligé. C'est donc au traitement, suivant lui, que se mesure la considération. Il est vrai que le réformateur des écoles de droit se déclare, ce qui est assez singulier, complétement étranger à ce qui se passe dans ces écoles. Pourquoi dès lors se prononcer sur des faits dont il n'a aucune connaissance, puisqu'il vit dans une sphère supérieure? Pourquoi nous représenter huit cents étudiants jetés par le règlement aux pieds du maître, *comme un troupeau?* Si M. Laboulaye était un peu plus au courant de ce qui se passe à l'École de droit de Paris, il saurait que les appels y sont depuis longtemps tombés en désuétude, et que cependant les cours y sont plus suivis que jamais. Le règlement désigne un cours aux étu-

[1] En Allemagne, ce danger n'est pas à craindre, le droit romain étant encore appliqué dans la pratique judiciaire.
[2] Même page 351.

diants; mais il n'existe aucun moyen coactif pour les astreindre à suivre ce cours, et encore moins pour les empêcher d'en suivre un autre. Il arrive tous les jours qu'ils suivent soit simultanément, soit même exclusivement, les leçons d'un professeur d'enseignement semblable, mais autre que celui au cours duquel ils se sont inscrits, et jamais on n'a songé à leur en faire un reproche; il suffit qu'ils soient en état de subir convenablement leurs examens. La comparaison des étudiants d'un cours avec un troupeau peut être piquante, mais elle manque de justesse. Il faut être comme M. Laboulaye, *vivre tout à fait en dehors du mouvement des Facultés*, pour imaginer que le talent du professeur n'y exerce aucune influence, et qu'il y ait toujours le même nombre d'auditeurs forcés à tous les cours. Dans tous les systèmes, le vrai mérite saura se faire jour [1]; et si la concurrence peut contribuer à le développer, c'est une concurrence purement scientifique. La concurrence fondée sur l'intérêt pécuniaire n'encouragerait trop souvent que le charlatanisme.

En voilà assez sur le système germanique. Il est temps d'en venir au concours, qui est la base du recrutement de nos écoles françaises, et qui a été le point de mire de toutes les attaques des novateurs.

III. De la nomination des professeurs par voie de concours.

Lorsque M. Laboulaye terminait, au mois de novembre dernier, ses réflexions sur l'enseignement du droit, en se prononçant contre l'institution du concours, il déclarait la question jugée depuis longtemps par l'opinion *des hommes éclairés* [2]. Mais cette assertion n'a pas tardé à recevoir un éclatant démenti à la tribune

[1] Nos adversaires, qui voient sans cesse des personnalités dans des allégations générales, entrent eux-mêmes ouvertement dans une voie déplorable, lorsqu'ils affectent de dresser une liste des professeurs nommés sans concours, qu'ils veulent nous représenter comme ayant le monopole du génie scientifique. On sent que de hautes convenances nous interdisent l'examen de questions toutes personnelles. D'ailleurs nous n'avons jamais prétendu que des hommes distingués ne puissent pas, en fait, arriver à une chaire par nomination directe, comme par la voie du concours; nous nous sommes seulement demandé si, en thèse générale, la suppression des épreuves publiques profiterait au vrai mérite, ou bien à la médiocrité appuyée par l'intrigue.

[2] *Revue de législation*, p. 364.

de la chambre des députés. Lors de la discussion qui s'est élevée sur les changements récemment apportés à l'organisation du conseil de l'Université, M. Bouillaud, l'un des nouveaux conseillers, a fait en ces termes sa profession de foi sur le concours, à la séance du 27 janvier : « Il est un mode de reconnaître les plus ca-
» pables dans une foule de cas; ce mode, c'est le concours, et
» j'engagerai toujours et sincèrement les ministres, quels qu'ils
» soient, amis ou ennemis, dans l'intérêt de l'enseignement,
» dans l'intérêt bien entendu du pays, à donner au concours au-
» tant de latitude que possible; c'est une institution qu'on ne
» saurait trop féconder. »

Et le *Moniteur* constate que cette déclaration a été accueillie par des marques d'approbation sur plusieurs bancs. Mais ce qui est bien plus grave, et ce dont nous ne saurions trop remercier M. le ministre de l'instruction publique, si l'on devait des remercîments à un homme d'honneur pour être revenu franchement sur une erreur reconnue, ce sont les paroles de M. de Salvandy lui-même, dans la séance du 30 janvier :

« Les enseignements élevés sont régis en principe par la loi du
» concours, et le seront de plus en plus. Sous ce rapport, toutes
» les parties élevées du personnel échapperont à la responsabi-
» lité du ministre comme à l'autorité du conseil. »

Ainsi le même ministre, qui avait émis en 1838 des réflexions défavorables à l'institution du concours, proclame aujourd'hui qu'il y a lieu d'étendre cette institution, bien loin de l'abolir. Et ce qui est remarquable, c'est qu'il applique le concours aux positions les plus élevées, déclinant pour le conseil de l'Université et pour lui-même la dangereuse responsabilité que voudraient lui imposer d'imprudents amis. L'expérience journalière vient confirmer l'utilité de cette précieuse garantie de la science. M. Giraud, inspecteur général de l'ordre du droit, qui vient de présider tout récemment un concours à Caen, nous a autorisé à dire ici que les brillantes épreuves de ce concours le portaient à reconnaître plus que jamais la nécessité du maintien d'une institution aussi libérale. M. le ministre, mettant ses actes en harmonie avec ses déclarations officielles, vient d'ouvrir un concours à Aix, et bientôt, on nous l'assure, il mettra enfin au concours, à

la Faculté de Paris, quelques-unes des places qui y sont depuis longtemps vacantes. Cette heureuse réaction qui s'opère dans l'opinion publique et dans les actes du pouvoir nous dispense d'insister davantage sur le principe du concours. Chaque jour consolide davantage le triomphe de ce principe, et les novateurs qui le combattent en seront pour leurs frais d'éloquence.

Ce qu'il importe de régler avec sagesse, c'est l'organisation du concours.

Ici les novateurs réclament vivement en faveur de la spécialité dans les épreuves. Et, en effet, s'ils attaquent l'institution du concours, c'est surtout comme manquant de spécialité, et s'ils veulent bien à toute force nous concéder le principe des épreuves publiques, c'est en tant que ces épreuves se borneraient à des leçons sur l'objet de la chaire vacante[1]. Mais, sans vouloir manquer d'égards envers un membre de la haute commission, il nous est impossible de ne pas signaler une contradiction dans les idées de M. Laboulaye. Puisque, d'après sa propre déclaration[2], le concours n'est pas incompatible avec le système germanique, c'est en vue de ce système qu'il doit être organisé. Mais que devient la spécialité avec la liberté absolue du professeur? Le titulaire de droit administratif peut employer presque tout son temps à l'explication du droit romain; il serait donc inconséquent de ne l'astreindre qu'à justifier d'une instruction spéciale sur l'objet de sa chaire, objet auquel il lui est permis de ne consacrer que quelques leçons d'apparat. Disons mieux, il n'y a plus, dans ce système, de professeurs de droit administratif, de droit criminel, de droit romain, etc. Il y a un certain nombre de professeurs qui prennent l'enseignement à forfait, en quelque sorte, pour se le répartir entre eux comme ils l'entendent. Si donc le professeur doit, nouveau Pic de la Mirandole, être apte à discuter *de omni re scibili et quibusdam aliis*, il faut de toute nécessité qu'il fasse preuve de connaissances approfondies dans toutes les branches de la science du droit. En un mot, de deux choses l'une : ou l'on a tort d'attribuer à chaque professeur

[1] Voir le second article de M. Laboulaye, dans le numéro de décembre de la *Revue de législation*.
[2] Numéro de novembre, p. 332.

un enseignement déterminé, mais alors les épreuves du concours ne sauraient porter sur trop de matières; ou bien l'on a tort de ne pas donner au concours plus de spécialité, mais alors c'est que probablement cette spécialité doit se retrouver dans l'enseignement lui même. L'Allemagne au moins est plus conséquente ; elle n'exige aucune justification de capacité spéciale pour la nomination aux chaires. Ce qu'il est plus difficile de comprendre, c'est qu'on puisse repousser la spécialité dans l'exercice du professorat, et la réclamer en même temps dans les épreuves qui doivent y conduire. Mais l'organisation de nos Facultés de droit est si mauvaise! Toutes les fois qu'il s'agit de cette malheureuse organisation, on peut en toute sûreté de conscience imiter le singe de La Fontaine :

> Le juge prétendait qu'à tort et à travers,
> On ne saurait manquer, condamnant un pervers.

Si la tendance exclusive vers les spécialtés est peu en harmonie avec le système germanique, elle ne l'est point davantage avec l'organisation de nos Facultés de droit. On affecte souvent de comparer ces Facultés au collége de France. Mais qu'est-ce que le collége de France? Une simple juxtaposition de professeurs, dont l'un enseigne le chinois, un autre l'anatomie, et un autre l'histoire et la morale, et qui n'ont entre eux d'autre point de contact que d'être appelés à faire leur cours dans le même local. Une Faculté de droit, au contraire, est un corps qui doit avoir des doctrines communes, et il n'y a pas d'idée plus étroite que celle de parquer chacun de ses membres dans une spécialité où il se trouverait isolé. Chez nous, si chacun n'est point appelé à faire des cours sur toute espèce de matières, chacun du moins doit prendre part à tous les exercices de la Faculté, et se tenir dès lors au courant de toutes les parties de la science. Tant qu'il en sera ainsi, il faudra, de toute nécessité, pour mettre le concours en harmonie avec l'enseignement, exiger des épreuves générales. Si le règlement de 1843 s'était borné à prescrire deux natures d'épreuves, ce qui se trouvait du reste dans tous les règlements antérieurs, nous ne l'aurions pas combattu. Mais ce qui nous a toujours paru vicieux, c'est d'écarter complétement les épreuves spéciales de la

première partie du concours, et de réduire les concurrents à un très-petit nombre, avant qu'ils aient pu faire preuve de leur aptitude à la chaire qu'il s'agit de décerner. Voilà où est l'exagération du règlement de 1843, que la *Revue de législation* avait trouvé admirable.

Quant à la spécialité du jury, nous ne nous sommes pas prononcé sur ce point. Le système actuel est loin de l'exclure, puisque le ministre de l'instruction publique peut, au moyen des adjonctions, appeler à siéger, s'il s'agit de l'histoire du droit, par exemple, des hommes connus par leurs travaux historiques. Mais, nous ne saurions trop le redire, on ne conçoit pas plus l'histoire du droit sans la connaissance du droit, que l'histoire de la philosophie sans la connaissance des théories philosophiques. M. Laboulaye nous semble faire consister surtout le mérite historique dans la recherche de certaines curiosités peu connues des profanes. *Qui sait seulement*, dit-il [1], *le nom des Gragas, ce Code curieux des Islandais* [2]? Mais on pourrait posséder toutes les notions essentielles à un bon historien du droit, sans avoir jamais lu les *Gragas*. On peut, au contraire, connaître parfaitement les *Gragas*, sans avoir pour cela une solide instruction juridique. Et cette instruction, il est bien plus difficile de l'acquérir, quand on s'y prend trop tard, que de se mettre à lire les *Gragas*. La véritable histoire du droit, c'est l'histoire interne, dont l'histoire externe n'est que la préparation, et pour pouvoir traiter sérieusement l'histoire interne, il faut être jurisconsulte. Nous croyons donc que toutes les branches du droit doivent être représentées dans un concours qui porte sur une chaire d'histoire du droit.

Les titres scientifiques nous paraissent aussi avoir une haute importance. Tout ce qui peut encourager les candidats à se produire, à se faire connaître à l'avance, doit être vu d'un œil favorable. Ainsi les concours ouverts depuis 1840 entre les docteurs appelés à rédiger des mémoires détaillés sur certaines théories soumises à leur méditation, rendent de grands services à la science. Que l'on joigne, si l'on veut, à la faculté d'écrire celle d'en-

[1] De l'enseignement du droit, p. 50.

[2] Cette question de M. Laboulaye : *Connaissez-vous les Gragas?* rappelle ce mot si connu de La Fontaine : *Avez-vous lu Baruch?*

seigner, que l'on établisse pour le droit, comme pour la médecine, une école pratique où tout docteur pourra monter en chaire, nous n'y faisons pas la moindre objection, car nous défions M. Laboulaye de citer une seule ligne de nos écrits où nous réclamions le monopole, ainsi qu'il l'imagine. Nous ne croyons pas, il est vrai, que l'institution des *Privatdocenten* soit bien dans nos mœurs, et nous ne garantissons pas aux cours volontaires un nombreux auditoire. Il y a eu des cours autorisés, faits même par de simples docteurs, et rarement ils ont réussi. Mais enfin l'expérience peut être tentée sur une plus grande échelle, et, loin de repousser cette expérience, nous l'appelons de tous nos vœux.

M. Laboulaye avait prétendu qu'on ne tenait aucun compte dans les concours de ces titres antérieurs. Nous lui avons cité sur ce point les dispositions précises des règlements. Il déclare aujourd'hui que ces règlements sont une lettre morte, parce qu'on n'y a pas traduit en chiffres la valeur morale des candidats. Mais pousserait-il, par hasard, l'engouement pour les théories germaniques au point de vouloir ressusciter chez nous le système des preuves légales, dont notre législation a fait depuis longtemps justice? Il y a dans les éléments qui peuvent former l'intime conviction d'un jury une foule de nuances délicates, qu'il nous semble impossible de ramener à une formule mathématique, et toute notre législation en matière de preuves repose sur cette base. D'ailleurs, est-il vrai qu'en fait on ne tienne pas compte des titres antérieurement acquis, parce que ces titres ne sont pas chiffrés? Nous qui avons assisté à bien des concours, soit comme spectateur, soit comme candidat, nous affirmons positivement le contraire. C'est ainsi que l'excellent ouvrage publié par MM. Aubry et Rau, sur le droit civil français, a puissamment contribué à mettre M. Rau hors de ligne parmi les candidats à la même chaire, lors du concours où il a été nommé à Paris professeur titulaire de la Faculté de Strasbourg, et on pourrait citer bien d'autres exemples. Que les candidats travaillent avec zèle à se créer des titres scientifiques, et, nous le leur garantissons, ces titres ne leur seront pas inutiles, quand ils auront à subir les épreuves publiques.

Résumons en peu de mots cette défense de l'organisation de

nos Facultés françaises. L'enseignement germanique a un caractère vague et abstrait, en rapport avec le génie de la nation à laquelle il s'adresse. De là cette liberté accordée à l'étudiant d'apprendre ce qu'il veut, de suivre les cours qu'il lui plaît de choisir, sauf à justifier d'une manière générale de son instruction par un seul examen final; de là cette liberté accordée au professeur d'enseigner ce qu'il veut, quand il veut, et comme il veut, pourvu qu'il donne quelques leçons de pure forme sur la partie de la science dont il est titulaire. En France, un enseignement positif correspond à une législation positive et aux tendances pratiques qui dominent chez nous. Des examens multipliés obligent l'étudiant à revoir successivement les diverses matières qui lui sont enseignées, et le préparent de bonne heure à exposer ses idées avec netteté et précision. Le professeur est chargé spécialement d'une branche de l'enseignement, mais il est obligé de se tenir au courant de toutes pour s'acquitter dignement de ses diverses fonctions; de plus, il ne lui est pas interdit d'ouvrir des cours volontaires sur d'autres matières, et même si, entre deux personnes chargées d'enseigner des matières diverses, l'intérêt de la science paraît d'accord avec les convenances réciproques pour demander un échange d'enseignement, nous pensons que cet échange, qui n'aurait d'ailleurs aucune influence sur le titre de la chaire, doit être autorisé. Mais nous repoussons de toutes nos forces le système qui tend à multiplier les cours par l'appât de l'intérêt pécuniaire, système qui aboutit, dans ses résultats, à substituer les dictées aux développements originaux et la concurrence industrielle à la concurrence scientifique. Enfin l'institution du concours, inconnue à l'Allemagne encore sous l'empire d'anciennes habitudes, mais à laquelle chez nous les meilleurs esprits commencent à se rallier, nous paraît une digue essentielle à maintenir, si l'on veut encourager le travail plutôt que les sollicitations, et préserver la science de l'invasion des influences parlementaires. Mais le concours, pour répondre à tous les besoins de notre époque, doit faire une juste part à la spécialité, en posant toutefois comme condition préalable la justification des connaissances générales, en l'absence desquelles on ne saurait être jurisconsulte.

E. BONNIER.

De la permutation appliquée aux chaires vacantes dans les Facultés de droit.

Par M. ROUSTAIN, professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris.

De toutes les questions que soulève le professorat dans les Facultés de droit, celle de la permutation, en cas de vacance d'une chaire, est peut-être la plus délicate. Avant d'en aborder la discussion, il convient d'en fixer le sens et la portée.

Lorsqu'une fonction publique devient vacante, la lacune qui existe dans l'organisation de la société peut être remplie de plusieurs manières. Tantôt l'action de l'autorité supérieure s'exerce avec une entière liberté, tantôt le pouvoir central est entravé dans son choix, parce que sa mission se borne à opter entre plusieurs candidats qui lui sont présentés, comme dans la nomination des maires et adjoints, tantôt enfin il n'a d'autre prérogative que celle de donner l'institution à un fonctionnaire désigné par les suffrages d'un corps électoral ou du jury d'un concours, comme dans l'investiture accordée soit aux membres des tribunaux de commerce, soit aux professeurs promus aux chaires établies dans les Facultés de droit. Dans la première de ces trois hypothèses, il est évident que le ministre, dans les attributions duquel se trouve la fonction vacante, a le droit de nommer pour la remplir une personne exerçant ailleurs la même fonction, et dans les deux autres, il n'est pas moins évident que ce droit ne lui appartient pas d'après la législation actuelle; mais ce qui n'est point autorisé aujourd'hui peut l'être demain, et il est toujours permis de solliciter des réformes utiles. Aussi, tandis que personne n'imagine de réclamer pour le ministre de l'intérieur la faculté d'imposer pour maire à une commune, lorsqu'il ne figure pas sur la liste de candidature, le maire d'une commune voisine, ou pour le garde des sceaux le droit de conférer directement les fonctions de juge dans un tribunal de commerce à un homme investi des mêmes fonctions dans un autre tribunal, plusieurs personnes pensent-elles qu'il est urgent d'autoriser le ministre de l'instruc-

tion publique à appeler aux chaires qui deviendront désormais vacantes dans une Faculté de droit, des professeurs appartenant soit à la même Faculté soit à une Faculté différente. Cette question a même paru assez grave pour que M. le ministre de l'instruction publique ait cru devoir la soumettre d'abord aux délibérations des Facultés, et ensuite à celles de la haute commission des études de droit. Dans son rapport au roi, du 20 février 1845[1], M. le ministre s'exprime ainsi : « Pourrait-on concilier l'inamovibilité, qui est nécessaire à la dignité de la situation et à la sécurité des personnes, avec le mouvement ascendant qui fait les efforts généreux et qui les soutient? Une partie des nombreuses chaires qui sont ou qui seraient spéciales à la Faculté de Paris, ne pourraient-elles pas être réservées, dans des formes et selon des règles certaines, aux professeurs éminents qui honorent les autres Facultés, de sorte qu'il s'établirait, entre les départements et la capitale, un utile échange des talents allant se faire connaître et se développer dans les départements, venant dans la capitale chercher la récompense de leurs succès et trouver la plus belle de toutes, celle qui consiste à être plus utile, en l'étant sur un plus vaste théâtre? »

Cet exposé soulève de sérieuses difficultés : nous les soumettrons à un examen approfondi, et si, en accomplissant ce devoir de conscience, nous croyons apercevoir que nos intérêts personnels soient le moins du monde engagés dans la question, cette considération suffira à elle seule pour nous faire une loi de l'impartialité la plus rigoureuse.

Dans la discussion à laquelle nous allons nous livrer, nous supposerons le maintien du concours, institution vivement attaquée[2] et vaillamment défendue[3], mais dont l'existence n'est point mise en question, du moins d'une manière directe, dans le rapport au roi dont nous venons de reproduire un fragment, et nous nous demanderons si la conservation du principe est suscep-

[1] *Journal général de l'instruction publique*, du 19 mars 1845.

[2] *V.* M. Laboulaye, *De l'Enseignement du droit en France* (Paris, 1839); *Revue de législation et de jurisprudence*, nouvelle série, t. III, p. 289 et 532.

[3] *V.* MM. Bonnier et Valette, *Revue de Droit français et étranger*, t. II, p. 943; t. III, p. 131.

tible de se concilier avec une innovation qui tend à en répudier les conséquences. En outre, quoique, dans le rapport, la permutation ne soit proposée que pour la Faculté de Paris, et même pour une portion seulement des chaires particulières à cette Faculté, nous élargirons la question et nous la traiterons d'une manière générale, sauf à revenir ensuite sur les termes spéciaux dans lesquels elle a été officiellement posée.

Toutes les fois qu'on n'envisage une question que sous une seule de ses faces, on adopte des idées exclusives, et l'on va jusqu'à s'étonner que la controverse puisse être permise. Mais après un examen plus attentif, on voit se modifier insensiblement une conviction prématurée, on accepte la formule du doute, et si l'on n'abandonne point une opinion qui repose sur des données incomplètes, on reconnaît au moins que l'opinion contraire est susceptible d'être défendue avec avantage.

Ces remarques ne sont pas étrangères à la question qui nous occupe. Quoi de plus intéressant, en effet, sous certains rapports, que la position personnelle des professeurs de droit, surtout dans les huit Facultés établies en dehors de la capitale? Dans l'administration, dans la magistrature, dans l'enseignement secondaire, il existe un système d'avancement qui se réalise tous les jours par des mutations successives. Pourquoi l'enseignement supérieur serait-il soustrait à cette loi de notre état social? pourquoi les professeurs de droit seraient-ils condamnés à l'immobilité, quand ils vivent au milieu du mouvement universitaire? pourquoi serait-il défendu au ministre de l'instruction publique de faire cesser, en faveur de quelques hommes d'un mérite supérieur, ce système de séquestration, et d'appeler sur un plus grand théâtre, des professeurs dont la réputation a franchi depuis longtemps l'enceinte de la Faculté qui a vu naître et grandir leur talent? Des mesures coordonnées suivant ces vues ne seraient pas seulement en harmonie avec les habitudes de la hiérarchie universitaire et la nécessité d'une juste rémunération du mérite reconnu, mais elles seraient encore éminemment favorables au perfectionnement des études. En effet, il ne faut pas se le dissimuler, le même enseignement peut difficilement se prolonger pendant une longue suite d'années, sans perdre, à

certains égards, sa tendance primitive, si bien que l'esprit de routine succède quelquefois au sentiment du progrès. Or le plus sûr moyen d'empêcher cette fâcheuse transformation n'est-il pas d'en faire disparaître la cause en substituant un enseignement à un autre ? En montant dans une nouvelle chaire, le professeur trouvera de nouvelles difficultés à vaincre, mais ces difficultés ne feront que ranimer son zèle, aiguillonner son courage ; et comme son ardeur sera tempérée par l'expérience, il ne pourra manquer de les surmonter, en sorte qu'il aura fourni honorablement, grâce à la permutation, une double carrière.

Ce sont là, sans contredit, des considérations puissantes, mais elles ne nous paraissent pas décisives. Et d'abord, est-il bien vrai que, sous l'empire de la législation actuelle, les professeurs de droit soient condamnés tous à l'immobilité? Ne sont-ils pas placés sous l'empire de la loi commune, et admis à prouver dans les concours que c'est à eux qu'il appartient d'occuper les positions nouvelles qu'ils ambitionnent?

On objecte la dignité du professeur, que l'on craint de voir compromise dans des épreuves où l'activité de la jeunesse peut l'emporter sur la maturité du jugement. Mais cette objection, qu'on ne s'y trompe pas, ne prouve rien contre le principe du concours, car elle porte seulement sur la forme de cette institution. Or il nous est impossible d'apercevoir en quoi, même sous ce rapport, elle peut être justifiée. Les épreuves admises dans les concours sont des compositions, des leçons préparées ou improvisées, et des argumentations. Parmi ces épreuves, qui sont combinées de manière à faire ressortir les divers mérites par lesquels se recommande le professeur [1], les leçons occupent le premier rang, et nous ne saurions comprendre qu'un aspirant au professorat crût pouvoir se dispenser de justifier de sa capacité par des leçons [2]. Seraient-ce donc les compositions qu'on voudrait proscrire? Comment un homme qui prétend à une chaire oserait-il avouer qu'il

[1] *V.* M. Bénech, *Revue de législation et de jurisprudence*, ancienne série, t. VII, p. 481.

[2] *V.* M. Bonnier, *Revue de Droit français et étranger*, t. II, p. 952 et 953. *V.* aussi les observations de la Faculté de Grenoble, dans les *Délibérations des Facultés de droit sur les questions proposées à la haute commission par M. le ministre de l'instruction publique*, p. 44. Paris, 1845.

a besoin de ses livres pour résoudre une question fondamentale de l'enseignement auquel il se croit appelé à l'exclusion de tout autre? Restent les argumentations. Il faut bien en convenir, cette épreuve laisse presque toujours quelque chose à désirer chez les hommes qui la subissent pour ainsi dire *ex abrupto*, soit qu'ils n'aient pas contracté, soit qu'ils aient perdu l'habitude de combiner avec autant de facilité que de sûreté des principes divers, en fixant la portée de chacun d'eux. Mais est-ce là une raison suffisante pour sacrifier l'argumentation? Depuis quand les conditions requises pour l'obtention d'une fonction publique doivent-elles avoir pour but d'en faciliter l'accès? Il s'agit uniquement de savoir si la solidité du jugement et la vigueur de la logique sont des conditions indispensables chez celui qui est appelé à remplir la double fonction de professeur et d'examinateur. Poser ainsi la question, c'est la résoudre, et, sans entrer dans l'examen des modifications de détail qu'il pourrait être convenable d'introduire, nous n'hésitons pas à répondre que l'ensemble des épreuves n'est pas de nature à effrayer les hommes chez qui les connaissances acquises s'allient au talent d'exposition et à la vivacité de l'intelligence.

Mais, dira-t on encore, en supposant que ces épreuves doivent être imposées à ceux qui aspirent pour la première fois au professorat, il n'y a point de motif pour y soumettre celui qui est déjà professeur, et qui, dès lors, a dû obtenir sa chaire au concours. Cette objection est loin d'être péremptoire. Il ne suffit pas, en effet, que le professeur qui réclame la faveur de la permutation soit capable de remplir la chaire vacante aussi bien que celle qu'il occupe, mais il faut encore qu'il soit le plus capable de la remplir. Depuis l'époque de son entrée en fonctions, l'étude du droit a pu faire des progrès notables; des élèves ont pu se former, qui aux connaissances acquises de leurs maîtres ont ajouté de précieuses découvertes dans le domaine de la science, et qui feraient preuve d'une capacité toute spéciale dans l'exploitation de ces richesses intellectuelles, ignorées de leurs devanciers. Pourquoi donc, lorsque le moment est venu pour eux de recueillir le fruit de leurs travaux, seraient-ils frustrés dans leurs légitimes espérances? De quel droit ceux qui n'ont eu d'autre mérite que de se tenir au

courant de l'état de la science, viendraient-ils condamner au silence et à l'oubli des hommes dont la vie laborieuse a été consacrée au progrès? Mais ce n'est pas tout : quand nous consentirions à placer la question sur le terrain rétréci de la capacité du postulant, il resterait à savoir comment cette capacité, qui ne peut être mise en doute pour la chaire qu'il possède, serait établie pour celle qu'il réclame. Nous remarquerons, à cet égard, que si la permutation pouvait se justifier, ce ne serait jamais que dans le cas où elle amènerait un changement d'enseignement, parce que, autrement, elle porterait atteinte au principe du concours, sans aucune autre compensation que l'intérêt personnel du professeur favorisé. Or tout le monde conviendra qu'un professeur nommé dans un concours ouvert pour une chaire de procédure, peut bien n'avoir pas la même supériorité dans le domaine du droit administratif ou du droit commercial, et que les épreuves spéciales, relatives à la chaire qu'il a obtenue, ne doivent pas être considérées comme suffisamment probantes pour celle qu'il voudrait obtenir. Nous ne serions même pas disposé à admettre qu'il pût légitimement se soustraire aux épreuves générales, parce que ces épreuves, qui portent sur l'ensemble du droit romain et du droit français, sont la meilleure garantie que puisse offrir le candidat pour démontrer que nonobstant la direction spéciale donnée, depuis longtemps peut-être, à ses études, il a conservé intact le dépôt des doctrines fondamentales, en sorte qu'il se trouve encore dans les conditions les plus favorables pour essayer, en se plaçant dans une autre sphère, une nouvelle application du droit commun; mais ce que nous admettrions encore moins, ce serait qu'il fût dispensé de prouver, par des leçons spéciales et approfondies, son aptitude pour l'enseignement qu'il sollicite. D'ailleurs, quand même on supposerait que tout homme investi d'une chaire au concours a par cela même le droit d'aborder successivement les diverses branches de l'enseignement, la permutation, admise d'une manière générale, aurait encore ses dangers. Justifiée désormais pour les professeurs nommés par voie de concours, le serait-elle pour ceux qu'une nomination directe aurait appelés à une chaire nouvelle? Serait-il donc impossible que le bénéfice de la permutation fût réclamé quelque jour par des

professeurs qui n'auraient accepté ainsi une chaire nouvellement créée que comme une sorte d'intérim, et qui, en se soumettant pour l'occuper à une expatriation provisoire, auraient conservé l'esprit de retour? Où seraient pour ceux-là les garanties publiques d'une capacité incontestable pour un enseignement étranger à leurs antécédents? Il ne pourrait y en avoir d'autres que des ouvrages spéciaux; mais sans vouloir atténuer la valeur des titres de ce genre, qu'il nous soit permis de faire observer que dans l'appréciation du mérite d'un professeur, ils ne doivent constituer, comme nous le prouverons plus loin et comme l'a décidé avec raison le dernier statut des concours [1], qu'un élément secondaire. C'est donc surtout dans le cas où elle s'exercerait au profit de titulaires pourvus par voie de nomination directe, que la permutation serait dangereuse. Est-ce à dire qu'il faille la rejeter pour ceux-là et l'admettre pour les autres? Une telle ligne de démarcation serait fâcheuse pour la considération du professorat, puisqu'elle tendrait à établir plusieurs degrés de capacité présumée entre ses membres. D'ailleurs, si les inconvénients de la permutation sont moins frappants à l'égard des professeurs nommés au concours, ce n'est pas une raison pour en méconnaître l'existence. Tenons donc pour certain, d'une part, que les professeurs de droit jouissent, quant à leur avancement, de la garantie du droit commun; de l'autre, qu'il n'y a point lieu de les affranchir de la règle commune en les dispensant de subir les épreuves d'un concours.

Au surplus, quelque respectable que soit l'intérêt des professeurs, il en est un qui est plus sacré encore, c'est l'intérêt public. Si donc la mesure de la permutation est réclamée par le perfectionnement des études, nous ne devrons pas hésiter à l'admettre, quand même elle viendrait rompre d'anciennes habitudes ou compromettre de légitimes espérances; mais, réciproquement, si cette mesure peut avoir pour résultat d'abaisser le niveau des connaissances juridiques, il faudra bien se résigner à faire le sacrifice de quelques convenances personnelles à de hautes considérations d'utilité sociale.

[1] Règlement relatif aux concours dans les Facultés de droit, du 22 août 1843, art. 55.

Le principe de la permutation une fois admis, ne serait-il pas à craindre que dans les Facultés où les élèves sont peu nombreux et les professeurs peu rétribués, ces derniers ne fussent quelquefois disposés à envisager leur chaire comme une possession précaire, et que, dans l'espoir de l'échanger contre une autre, cédant à des préoccupations pécuniaires plutôt que scientifiques, ils n'en vinssent à donner à leurs études une direction étrangère à l'objet de leur enseignement? Dans cet état de choses, ne pourrait-il pas arriver que les titulaires de chaires consacrées à des branches spéciales de la science fussent tentés de les délaisser par avance, ou du moins de ne leur consacrer que des travaux incomplets, parce qu'ils auraient intérêt à concentrer toute l'activité de leur esprit sur les matières du droit commun, qui, à raison du plus grand nombre de chaires qui leur sont affectées, offriraient plus de chances de vacance, et par conséquent de permutation?

Ces inconvénients sont graves, mais ils peuvent disparaître sous l'influence du dévouement consciencieux et éclairé des professeurs, tandis qu'il en est d'autres qui se produiraient d'une manière inévitable. En effet, M. Bonnier[1] a parfaitement prouvé que le système de permutation aurait pour résultat de bouleverser complétement l'organisation des Facultés de droit, parce que chaque fois qu'une chaire deviendrait vacante dans une Faculté importante par le nombre de ses élèves, cette vacance donnerait lieu à un mouvement du personnel dans les diverses Facultés d'une importance moindre, au moyen d'une série de permutations qui ne s'arrêterait peut-être qu'à la Faculté qu'on supposerait placée dans les conditions les moins avantageuses. Cette existence nomade est souvent celle des professeurs de droit en Allemagne, et elle se conçoit dans un pays privé d'une organisation puissante qui assigne à chacun son rang; mais en France, où l'unité administrative permet de classer les hommes comme les choses, avec une facilité merveilleuse, de pareilles migrations ne se concevraient pas.

Que deviendrait, d'ailleurs, le principe du concours, ainsi

[1] *Revue de Droit français et étranger*, t. II, p. 959.

amoindri par la permutation officielle? Ce qu'il deviendrait, M. Bonnier l'a dit. Plus de concours à Paris, à Toulouse, dans les grands centres de population studieuse. Le concours serait maintenu, mais seulement pour les Facultés qui ne font pas leurs frais. C'est là que devraient se réfugier, après avoir vu se dissiper leurs rêves d'avenir, ceux qui auraient eu le malheur d'être nommés professeurs suppléants dans une grande cité, trop heureux encore si les influences locales leur permettaient de remplacer un jour ceux qui peut-être auraient été leurs élèves! Avouons-le franchement : la loi qui consacrerait, pour le cas de vacance d'une chaire, le système de permutation, serait l'arrêt de mort du concours, et il y a contradiction à maintenir le principe quand on en répudie les conséquences. Que l'on supprime donc purement et simplement le concours, ou si l'on se détermine à le conserver, parce que c'est le moyen le plus sûr de reconnaître la capacité du professeur, qu'on ne le rende pas impossible dans les Facultés les plus importantes. Mais la logique n'est pas une règle de conduite invariable pour les hommes initiés au mouvement des affaires, ou plutôt il y a une logique des faits qui n'est pas toujours d'accord avec celle des idées. Rendre l'institution du concours illusoire, faute de pouvoir l'anéantir, c'est là le but auquel tendent, quelquefois à leur insu, les personnes qui voient l'avenir de la science dans le transbordement des professeurs, et c'est ainsi qu'elles entendent le perfectionnement des études.

Au surplus, l'intérêt des professeurs de droit et celui des études juridiques ne sont pas les seuls engagés dans la question, et ce serait se méprendre sur la portée d'une mesure sollicitée avec tant d'insistance, que d'en méconnaître les conséquences politiques.

Chaque fois qu'un enseignement se trouverait disponible dans une de ces Facultés dont les chaires sont convoitées avec ardeur, de nombreux prétendants viendraient se grouper autour de la chaire vacante. Qui oserait dire que jamais aucun d'eux ne chercherait à se créer une position nouvelle par des moyens étrangers à la science? Qui sait si la tentation ne viendrait pas à quelques-uns de se faire hommes de parti, meneurs politiques et députés au besoin, dans l'intérêt de leur candidature expectante? Est-ce la science qui gagnerait quelque chose à cette stratégie

universitaire, à cette invasion de la politique dans le domaine du droit, au profit d'une spéculation individuelle? De telles manœuvres tendraient à discréditer le gouvernement constitutionnel, en montrant les interprètes de la loi animés eux-mêmes d'un égoïsme étroit et mesquin. Pour rehausser nos institutions dans l'estime publique, il faut, au contraire, que des conditions sévères d'aptitude soient exigées dans toutes les carrières, et surtout dans celle de l'enseignement du droit. Qu'on laisse donc le concours aux Facultés, au lieu de le transporter devant les électeurs!

Si, cependant, la gravité de ces considérations était méconnue, si le principe de la permutation venait à prévaloir, combien ne serait-il pas difficile à mettre en pratique! Le ministre de l'instruction publique serait-il appelé à décider seul, sans aucune espèce de contrôle, entre les prétentions diverses qui ne manqueraient pas de surgir? Mais la religion du ministre le plus consciencieux et le plus éclairé ne peut-elle pas être surprise? N'est-ce pas pour cela qu'il y a des concours? Autant vaudrait les supprimer entièrement que d'abandonner à un seul homme, si haut placé qu'il soit, le droit de les suspendre. Telle n'est pas, du reste, hâtons-nous de le dire, la pensée de M. le ministre de l'instruction publique. Le rapport en fait foi, puisque la permutation qu'il indique serait établie *dans des formes et selon des règles certaines*. Mais quelles seraient ces formes et ces règles? Évidemment il s'agit d'un système de présentation analogue à celui qui sert à recruter le Collége de France. Ainsi, par exemple, la Faculté dans le sein de laquelle une chaire serait vacante nommerait un candidat, l'Académie des sciences morales et politiques en désignerait un autre, et le ministre choisirait l'un des deux. Ce système aurait pour résultat d'exagérer l'importance des titres antérieurs, car les corps savants, autres que les Facultés, seront toujours disposés à tenir compte des ouvrages imprimés plutôt que de l'enseignement oral, et cependant l'expérience a prouvé que l'auteur d'un bon livre peut n'être qu'un professeur médiocre. D'ailleurs, si la réputation des professeurs se fait par les élèves, les journaux contribuent le plus souvent pour beaucoup à faire celle des auteurs, et dans notre pays de publicité, il est

quelquefois difficile, même aux hommes les plus indépendants, d'échapper à une influence d'autant plus dangereuse qu'elle s'exerce tous les jours. C'est parce qu'on a tenu compte de ces données de l'expérience qu'on n'a voulu assigner à l'appréciation des titres antérieurs qu'une influence secondaire dans le jugement des concours; et si l'on devait abandonner ces errements pour adopter, dans l'intérêt du principe de la permutation, un système qui tendrait à asseoir le mérite des professeurs sur de nouvelles bases, il y aurait inconséquence à ne pas généraliser l'application de ce système en l'appropriant à toutes les lacunes de l'enseignement. C'est assez dire que la pratique de la permutation n'est pas moins incompatible avec le concours que le principe lui-même; et comme l'institution du concours est en harmonie avec nos mœurs constitutionnelles, comme elle est d'ailleurs plus favorable que la permutation au perfectionnement des études, il faut en conclure que ce n'est pas elle qui doit succomber dans la lutte qu'elle est appelée à soutenir.

Après ces vues générales sur une innovation que des esprits ardents voudraient introduire sans réserve, arrivons à l'examen de la question spéciale posée dans le rapport de M. le ministre de l'instruction publique. Ici notre tâche va se trouver bien simplifiée par les remarques précédentes. En effet, le système de permutation n'étant proposé dans le rapport au roi que pour la Faculté de Paris, et même pour une portion seulement des chaires particulières à cette Faculté, les objections que nous avons faites se représentent presque toutes avec une nouvelle force. Du moment que l'ambition des professeurs de province n'aurait en perspective, en dehors des chances du concours, que quelques chaires affectées, dans la Faculté centrale, à des matières non comprises dans le cadre de l'enseignement ordinaire, celui qui aspirerait à obtenir par voie de permutation l'une de ces chaires, n'attendrait pas qu'elle devînt vacante pour se créer par des études spéciales des titres antérieurs; et sous l'empire de cette préoccupation, il lui serait bien difficile de ne pas apporter dans son cours le laisser-aller que semble autoriser une fonction provisoire. Que serait-ce si la politique venait lui dérober encore une partie de ses loisirs, et que les avantages du

séjour de Paris fussent doublés à ses yeux par le prestige de la représentation nationale?

Il est vrai que, dans le système mitigé du rapport, le concours ne serait point virtuellement anéanti, puisqu'il serait conservé dans les provinces, et qu'à Paris même il continuerait de fonctionner pour remplir les lacunes de l'enseignement ordinaire; mais ce simple fait, qu'un certain nombre de chaires seraient réservées dans la capitale pour les professeurs des départements, aurait encore une signification profonde, car il dénoterait suffisamment un système tendant à enrichir la Faculté de Paris des dépouilles opimes de toutes les autres. La Faculté de Rennes a vivement senti et nettement exprimé cette idée dans ses observations [1].

« En principe, dit-elle, toutes les écoles de droit de France sont placées par la loi sur la même ligne. Partout les conditions du concours sont également rigoureuses. Toutes aussi, ces Facultés, sauf les différences dans le traitement, sont appelées à jouir de prérogatives pareilles.

» Cependant, dès que la Faculté de Paris, déjà si remarquable, viendrait à être recrutée au moyen de tout ce que le pays possède d'éminent, il est hors de doute que sa valeur morale s'accroîtrait encore davantage, en même temps que les autres Facultés de droit seraient amoindries d'autant. Bientôt alors le doctorat, qui réunit par exemple des aspirants très-nombreux à la Faculté de Rennes, n'offrirait plus les mêmes avantages en province que dans la capitale. On verrait affecter des distinctions analogues à celles qu'invoquent les docteurs en médecine, et dans le fait les Facultés des départements ne seraient plus que des écoles préparatoires! »

Conséquente avec elle-même, la Faculté de Rennes décide « qu'il y a lieu d'insister, aussi énergiquement que possible, auprès de M. le ministre, pour qu'il veuille bien écarter la pensée d'enlever aux Facultés de province leurs membres les plus distingués, dans le but d'en gratifier le centre du royaume. »

Ces considérations se résument dans un mot de la Faculté de

[1] *Délibérations des Facultés de droit*, p. 67.

Grenoble [1] sur les conséquences que produirait le système de permutation dans les diverses Facultés : *préjudice pour toutes, une seule exceptée.*

Qu'il nous soit permis d'ajouter encore quelques mots pour mettre dans tout son jour le point de vue auquel la Faculté de Rennes s'est attachée.

La centralisation administrative a produit un grand bien ; elle a créé dans la hiérarchie des fonctions publiques ce que le Code civil a créé dans la législation privée, c'est-à-dire l'unité ; mais, en même temps, elle a rehaussé presque démesurément l'importance de la capitale, eu égard aux villes même les plus considérables des départements. Si cette tendance, qui doit se développer encore sous l'influence des voies nouvelles de communication, n'était pas combattue avec énergie, Paris finirait par absorber en grande partie les forces vitales de la France, au détriment de la masse générale de la population. Il serait donc souverainement impolitique de dépouiller les Facultés de province des hommes distingués qui font leur lustre, et dont la présence est nécessaire pour créer un élément de résistance au courant qui entraîne vers Paris la jeunesse studieuse. La décadence croissante de ces Facultés, la suppression même de plusieurs d'entre elles, seraient les conséquences inévitables d'une telle mesure. Comment donc est-il possible que ceux-là mêmes qui font appel aux jalousies provinciales demandent la spoliation des provinces? Nous n'oserions dire qu'en présentant un pareil système ils en aient bien aperçu les conséquences. Quant à nous, quelque ardents que soient nos vœux pour la prospérité de la Faculté à laquelle nous nous faisons honneur d'appartenir, nous ne voulons pas que cette prospérité soit acquise par suite d'une distribution trop inégale des forces intellectuelles de la France. Si nous préférons le concours à la permutation, c'est surtout pour la Faculté de Paris, parce que c'est là où le mouvement scientifique est le plus fortement prononcé que cette institution doit produire les meilleurs résultats ; et si l'on nous objecte que les professeurs les plus distingués des départements se refuseront à

[1] *Délibérations des Facultés de droit*, p. 46.

entrer dans la lice pour ne pas compromettre une position acquise, nous verrons surtout dans cette répugnance une garantie de succès pour les Facultés qui sont heureuses de les compter au nombre de leurs membres.

Ainsi, quelque restreinte que soit la permutation dans le système du rapport de M. le ministre de l'instruction publique, elle est encore sujette à de graves objections, tant au point de vue du perfectionnement des études qu'au point de vue politique. Mais ce n'est pas tout, et le caractère particulier des chaires auxquelles elle s'applique la soumet à des objections d'une autre nature.

« Si le bien du service, dit la Faculté de Grenoble [1], pouvait engager à appeler un professeur d'une Faculté de département à la Faculté de Paris, pourquoi n'admettre cette mesure que pour des chaires spéciales, c'est-à-dire toutes différentes de celle que quitterait le professeur appelé, c'est-à-dire précisément celles pour lesquelles l'exercice de ses fonctions antérieures présenterait le moins de garanties? C'est peut-être le contraire qui devrait être admis, c'est-à-dire l'appel d'une chaire à une chaire analogue. »

Ces observations ne sont pas dépourvues de fondement, mais la Faculté qui les a faites nous semble avoir méconnu la véritable pensée du rapport. Déjà nous l'avons dit, c'est surtout lorsqu'il s'agit d'un changement d'enseignement que la permutation paraît avoir une utilité réelle. M. le ministre de l'instruction publique l'a bien senti, et il a repoussé toute permutation qui ne constituerait pas un enseignement nouveau pour le professeur appelé à la chaire vacante, sans doute parce que dans sa pensée une telle permutation serait motivée par les convenances personnelles du postulant bien plus que par les intérêts de la science. En cela il a donné un démenti aux défenseurs zélés du système de permutation, qui sont en même temps les plus chauds partisans de la spécialité des épreuves.

M. le ministre a été plus loin encore. Convaincu de la nécessité de faire au concours la plus large part, il n'a pas même voulu lui soustraire une seule des chaires qui sont communes à toutes les Facultés, et c'est seulement pour celles ou plutôt pour

[1] *Délibérations des Facultés de droit*, p. 45.

quelques-unes de celles qui sont particulières à la Faculté de Paris, qu'il a cru pouvoir présenter comme praticable un essai de permutation. Il y a loin de là aux principes absolus des adversaires systématiques du concours. Mais cette sage réserve, qui prend sa source dans le respect d'une organisation consacrée par le temps, n'est-elle pas elle-même un nouvel argument en faveur du maintien de cette organisation? Est-il bien nécessaire de faire brèche à une institution reconnue bonne, uniquement pour donner à quelques hommes de mérite une satisfaction personnelle? D'ailleurs, qu'on ne l'oublie pas, il s'agit de chaires qui n'existent qu'à la Faculté de Paris. N'est-il pas dès lors vraisemblable que l'enseignement donné dans ces chaires aura produit plus de fruit à Paris même que dans les Facultés auxquelles il est resté étranger? Serait-il téméraire d'affirmer que les lauréats de la Faculté de Paris, après avoir subi avec honneur des épreuves difficiles sur toutes les parties de l'enseignement, pourraient être en mesure de lutter sans trop de désavantage, dans un concours ouvert pour une chaire particulière à cette Faculté, contre un professeur qui aurait donné pendant longtemps à ses études une direction différente? Les travaux remarquables qu'ont produits, dans ces dernières années, les concours entre les docteurs et les aspirants au doctorat, nous autorisent à conjecturer que la lutte pourrait n'être pas trop inégale.

Ainsi, indépendamment même des motifs qui doivent faire repousser en général le système de permutation, et qui militent avec plus de force encore contre la concentration de ce système dans la Faculté de Paris, nous avons des raisons suffisantes pour méconnaître l'utilité de l'expérience proposée dans le rapport au roi, et notre discussion sur ce point peut se résumer dans le dilemme suivant : si ce ne sont pas des hommes spéciaux qu'on veut appeler à Paris, à quoi bon leur réserver des chaires que revendiqueraient sans doute des hommes pourvus de connaissances spéciales? si, au contraire, ce sont des hommes spéciaux, pourquoi leur donner un enseignement nouveau, de préférence à celui qui a servi de base à leur célébrité?

Quant à la permutation considérée comme mesure générale, c'est encore sous la forme d'un dilemme que nous résumerons les

raisonnements par lesquels nous l'avons combattue. En effet, ou le professeur admis à permuter conserverait le même enseignement, et alors la permutation serait dictée par l'intérêt du professeur bien plus que par celui de la science; ou il serait appelé à un enseignement différent, et alors la permutation serait dangereuse.

Une seule objection est restée sans réponse : comment est-il possible, sans attribuer au gouvernement le droit de disposer des chaires vacantes, de faire droit aux justes réclamations du professeur qui craint de s'engourdir dans sa chaire, et qui se sentirait ranimé par un enseignement nouveau? Il nous suffira de faire observer, à cet égard, que les professeurs d'une même Faculté seront toujours libres de se remplacer respectivement dans leurs cours comme dans les examens, et que de pareils arrangements, étant propres à resserrer les liens de confraternité qui doivent exister entre les membres d'un même corps, méritent d'être encouragés par l'autorité supérieure. Quant aux garanties qu'il pourrait être convenable d'introduire pour empêcher l'usage du droit de dégénérer en abus, nous n'avons pas à nous en occuper ici, puisque nous traitons seulement de la permutation appliquée aux chaires vacantes. Mais en faisant cette concession nécessaire aux convenances réciproques de deux collègues, nous n'irions pas jusqu'à dire qu'en cas de vacance d'une chaire, le système de permutation pût être admis au profit d'un professeur de la Faculté dans laquelle serait survenue la vacance, car la plupart des motifs que nous avons donnés doivent faire refuser le bénéfice de ce système aux professeurs d'une même Faculté comme à ceux d'une Faculté étrangère. Si nous avons toujours raisonné dans l'hypothèse de la translation d'un professeur d'une école à une autre, c'est parce que la théorie de la permutation a été surtout mise en avant pour assurer aux départements les places vacantes dans la capitale.

La question, au surplus, s'est présentée plusieurs fois, notamment après la démission de M. Pardessus, professeur de droit commercial à la Faculté de Paris. M. Poncelet, professeur d'histoire du droit à la même Faculté, ayant été nommé sans concours à la chaire vacante, par un arrêté du ministre de l'instruction publique, du 22 septembre 1830, M. Fremery, docteur en droit, se pourvut

contre cet arrêté, et le conseil royal de l'instruction publique, dans sa séance du 15 janvier 1831, émit un avis favorable au pourvoi, attendu « qu'aucun acte législatif n'a rapporté la disposition de l'article 36 de la loi du 22 ventôse an XII, qui veut que les chaires des Facultés de droit soient données au concours; que l'autorisation de permuter ou d'opter pour une chaire vacante n'a jamais été accordée aux professeurs des écoles de droit; que de cette autorisation accordée aux professeurs d'opter pour toute chaire qui viendrait à vaquer, il résulterait non-seulement que plusieurs chaires ne seraient pas données au concours, mais que les jurisconsultes qui auraient dirigé leurs études vers une branche spéciale de l'étude du droit, se verraient enlever l'objet de leurs travaux au moment où ils pourraient se croire appelés à l'atteindre, etc. » Il est inutile d'ajouter que cet avis fut suivi, et que la chaire de droit commercial fut mise au concours.

ROUSTAIN.

Lettre de M. Laboulaye à M. Valette, avocat et professeur à l'École de droit de Paris (*a*).

MONSIEUR,

Je vous suis fort reconnaissant de la lettre précieuse que vous m'adressez par le dernier numéro de votre Revue, mais j'ai peine à m'expliquer l'utilité de votre intervention dans un débat terminé, et j'ignore quel intérêt scientifique vous porte à réveiller des discussions toutes personnelles, et qui à ce titre ne touchent, ce me semble, que M. Bonnier et moi.

(*a*) *Avertissement.* Nous croyons devoir donner ici en entier, et sans y changer un seul mot, la lettre que M. Laboulaye vient d'insérer dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, en réponse à celle que nous lui avions adressée dans le dernier cahier de la *Revue de droit*. Les lecteurs, au jugement desquels notre honorable adversaire en appelle, seront ainsi mis à même de prononcer entre nous deux en connaissance de cause. Comme nous avons ajouté en note un certain nombre d'observations, les notes qui appartiennent à l'auteur de la lettre sont distinguées par cette mention spéciale : *Note de M. Laboulaye.* Tout ce qui est souligné, soit dans ces dernières notes, soit dans le texte de la lettre, a été également souligné par M. Laboulaye. A. VALETTE.

En réponse à mes *Réflexions sur l'enseignement du droit en France*, M. Bonnier publie un article dans lequel mon nom seul est cité, et deux ou trois fois par chaque page. Cet article est une protestation contre l'ambition et les vues intéressées des hommes qui portent la main sur l'arche sainte du concours; on va jusqu'à indiquer les places que se partagent par avance les réformateurs, mais on oublie de désigner les candidats. Seul nommé parmi les novateurs, je proteste contre des accusations générales qui peuvent m'atteindre, à l'insu même de mon adversaire. M. Bonnier s'explique, en ce qui me concerne, avec franchise et loyauté. Toute question personnelle entre nous est vidée, reste la question scientifique. Voilà le débat replacé sur son véritable terrain, et tout ami de la paix ne peut qu'applaudir à la conclusion honorable et prompte d'un pareil différend.

C'est un mois après la réponse de M. Bonnier, deux mois après la mienne, qu'il vous plaît de descendre dans l'arène (*a*), non pas pour vous mêler à la discussion scientifique (je serai toujours heureux de rencontrer un si digne adversaire), non pas pour prononcer des paroles de conciliation (rôle qui convenait parfaitement à la dignité du professeur, et que justifiaient peut-être les relations honorables qui ont de tout temps existé entre nous) (*b*), mais pour reprendre, de quel droit, je l'ignore, un procès terminé par une explication des plus franches, un procès dans lequel vous n'êtes point partie (*c*)! C'est une plaidoirie solennelle

---

(*a*) Aussitôt qu'il m'a été possible. La lettre de M. Bonnier a paru dans le cahier de janvier de la *Revue de législation*, et la mienne dans le cahier de février de la *Revue de droit français et étranger*.

(*b*) Plus ces relations m'étaient précieuses, plus j'ai été étonné et affligé de voir M. Laboulaye participer à des attaques injustes et depuis longtemps organisées contre le corps dont je suis membre, attaques dont j'avais à souffrir pour ma part, et que je me suis cru obligé de repousser.

(*c*) Chacun des directeurs responsables d'une Revue est nécessairement *partie dans un procès* qui roule sur le point de savoir si une lettre insérée dans cette Revue a un caractère injurieux et presque diffamatoire. Bien mieux, je suis *partie* dans le procès dont il s'agit comme professeur à l'école de droit, parce qu'en réalité le fond de l'affaire se réduit à cette question : Les écoles de droit et les institutions qui en sont la base doivent-elles être bouleversées ou maintenues? Enfin, surabondamment, je suis *partie* dans le même procès comme professeur nommé au concours, lorsque, pour attaquer les concours, on fait des arguments qui rappellent le mot de l'Évangile, *a fructibus eorum cognoscetis eos.* D'ailleurs, qui a répondu aux explications *franches et loyales* de M. Bonnier? Est-ce M. Laboulaye? Non, bien qu'il soit, lui aussi, directeur de la *Revue de législation*. Ce n'est pas lui qui

pour un ami qui n'est plus en cause, quelque chose comme ce discours célèbre dont Cicéron limait et polissait à loisir les phrases élégantes et sonores, longtemps après le jugement de Milon, son malheureux client (*a*). La défense est complète et longuement étudiée; rien ne manque à la glorification de M. Bonnier au point de vue de la science, du savoir-vivre et même de la grammaire [1], rien, sinon l'à-propos (*b*).

[1] Rien de plus amusant que le sérieux avec lequel M. Valette relève une plaisanterie des plus innocentes. « Enfin, vous avez découvert dans une des phrases de » M. Bonnier une figure de rhétorique mal soutenue. Ce dernier reproche est » grave sans doute; mais M. Bonnier l'a-t-il mérité? Il a écrit que certaines per- » sonnes redoutant beaucoup, et pour cause, les épreuves des concours, aiment » mieux *multiplier les visites et les démarches de toute nature auprès de l'au-* » *torité, terrain sur lequel elles se sentent plus fortes que sur celui des épreuves* » *publiques*. Là-dessus vous signalez avec un dédain profond (en riant, monsieur, » en riant) l'incorrection de cette métaphore, qui fait de *l'autorité un terrain*. » Mais, monsieur, il me semble qu'ici vous commettez une méprise: le mot *ter-* » *rain* se rapporte à la préposition *auprès de*, qui est accolée au mot *autorité*. » Que répondre à cette théorie grammaticale si gravement exposée par M. Valette, sinon que, dans son système, la métaphore de M. Bonnier est infiniment plus hardie que je ne l'avais supposé? Ce n'est plus *l'autorité* qui est un *terrain*, c'est la préposition *auprès*. Je conçois très-bien que le savant professeur veuille me donner une leçon à tout prix, mais sa férule devrait s'arrêter devant

La grammaire qui sait régenter jusqu'aux rois.

(*Note de M. Laboulaye.*) (*)

(*) Les lecteurs de la *Revue* savent si j'ai pris au sérieux cette question de grammaire. M. Laboulaye n'a pu s'y tromper; il a trop d'esprit pour cela. Il a bien aperçu comment, de phrase en phrase, je l'amenais sans effort à fixer lui-même le fameux *terrain* qui est *auprès de l'autorité*, et où, suivant ce qu'il nous a dit ailleurs, *se fait la fortune des jeunes gens* (ajoutons: *et des gens qui ne sont plus jeunes*) Si le *sérieux* que je paraissais garder a pu être *amusant*, j'ai atteint mon but: car de ma vie je n'ai été de plus joyeuse humeur qu'en composant cette petite dissertation grammaticale.

---

s'est chargé de réfuter, en dix grandes pages, les deux pages de la lettre de M. Bonnier; c'est son collaborateur M. Wolowski. Or il serait bien singulier qu'on m'interdît de suivre cet exemple. Du reste, nous entendons mieux traiter M. Laboulaye que ne l'a été M. Bonnier: nous n'insérons point sa réponse en caractères microscopiques, pour développer ensuite nos observations en magnifiques lettres moulées. Nous mettons notre adversaire à la place d'honneur, qui est le texte ordinaire, et nous nous reléguons, ainsi qu'il est convenable, au bas bout, c'est-à-dire dans les notes.

(*a*) Cette comparaison est des plus flatteuses pour moi. Malheureusement M. Laboulaye en est un peu prodigue; car, si j'ai composé pour mon client *quelque chose comme une milonienne*, mon client, de son côté, avait déjà fait une *catilinaire* et une ORATIO PRO DOMO SUA.

(*b*) Il est clair comme le jour que je n'ai point *glorifié* M. Bonnier, mais apprécié les arguments de M. Laboulaye, qui tous, d'une manière plus ou moins détournée, étaient dirigés contre l'école de droit de Paris. Dans toute la partie de ma lettre où il est question de M. Bonnier, j'affecte de ne me prononcer en aucune façon soit sur le mérite du professeur, soit sur le mérite de l'écrivain; et, si je

Croyez, monsieur, que je respecte, jusque dans son exagération, un zèle inspiré par l'amitié; mais est-ce bien sous la forme d'une mercuriale à mon adresse qu'il fallait composer le panégyrique d'un ami, et ne convenait-il pas mieux de l'offrir à votre collègue et collaborateur, en famille, comme un bouquet de fête, avec des faveurs roses et bleues (*a*), et cette devise de circonstance :

> Nul n'aura de l'esprit que (*sic*) nous et nos amis;
> Nous chercherons partout à trouver à redire,
> Et ne verrons que nous qui sachent bien écrire (*b*).

Que puis-je, en effet, répondre à votre lettre, et me croyez-vous homme d'assez mauvaise société pour troubler par d'indiscrètes réflexions des épanchements intimes (*c*)? Vous exaltez à mes dépens votre cher collaborateur, rien ne me semble plus naturel et plus innocent; et que M. Bonnier vous le rende! je n'ai pas un mot à dire. D'ailleurs, depuis la réponse de M. Bonnier, toute critique de ma part serait de mauvais goût; elle trahirait

---

parle de son livre, ce n'est que pour rapporter les jugements favorables d'autrui. M. Laboulaye me lit avec bien peu d'attention avant de me répondre : qu'il me permette de m'en plaindre. Comment n'a-t-il donc pas vu que presque toute la partie de ma lettre (environ la moitié) où il est question de M. Bonnier n'est que le développement de cette seule idée : Vos assertions étant supposées vraies, que peut-il logiquement en résulter contre le système du concours?

(*a*) Le bouquet et les faveurs roses et bleues (puisque *faveurs* il y a) ont été offerts à M. Bonnier par M. Giraud, collègue et collaborateur de notre spirituel adversaire. Tout au plus y ai-je ajouté une modeste fleur.

(*b*) Ces vers sont mal appliqués. La devise dont on parle n'est pas celle de la *Revue de droit français et étranger.* Il y a ici confusion. Voyez, du reste, l'étrange distraction de M. Laboulaye : il m'oppose le vers

> Nul n'aura de l'esprit hors nous et nos amis;

et pourtant, d'une part, dans la lettre dont il se plaint, je l'ai appelé en propres termes *homme d'esprit;* d'autre part, lui-même, dans sa lettre, il appelle *homme d'esprit* un des directeurs de sa *Revue.*

(*c*) Ma lettre, encore une fois, est toute de raisonnement, et je n'y émets presque rien de mon opinion personnelle sur des hommes vivants. Bien mieux, des dix-neuf pages que contient cette lettre, plus de neuf sont consacrées à des questions relatives aux règlements des écoles de droit et aux méthodes d'enseignement, et il n'y est, en aucune façon, parlé de M. Bonnier. Ces neuf pages, du moins, auxquelles M. Laboulaye n'a pas répondu un seul mot, ne peuvent être confondues avec le *panégyrique* et les *épanchements intimes.* Au reste, je ne me serais jamais figuré qu'on pût appeler *épanchements intimes* des éloges donnés à quelqu'un *dans un ouvrage imprimé et publié.* Mais ne retombons pas dans des querelles grammaticales.

chez moi une petite et misérable rancune dont, grâce à Dieu, je suis incapable. Comme votre collègue, je n'ai qu'un désir, c'est, comme il le dit fort bien, *qu'entre hommes qui cultivent la même science, la discussion ne fasse naître que des sentiments d'estime réciproque*, et j'aime à lui rendre cette justice, que l'article qui fait suite au vôtre, dans la Revue, se distingue par la convenance et la modération; je ne rentrerai donc point dans un débat que je considère comme fermé, à moins d'y être forcé par de nouvelles attaques qui, je l'espère, ne se renouvelleront pas.

Vous vous étonnez, monsieur, d'une susceptibilité qui vous semble exagérée, et vous ne comprenez pas que je me plaigne d'un article *examiné avec soin par des hommes dont je reconnais la modération ordinaire;* vous me mettez au défi *d'indiquer une seule expression s'adressant à moi qui sorte des limites de la plus exacte politesse*. Permettez-moi de vous dire, monsieur, que cette question est des plus délicates, et qu'en fait de point d'honneur, celui qui se sent blessé est seul juge de l'offense. Personne n'a le droit d'intervenir en de semblables affaires avant d'en être prié par les deux parties; et il est au moins singulier de s'imposer de son chef, comme arbitre suprême, dans une cause où le seul rôle qui convienne est celui d'un adversaire qui ne s'efface pas derrière autrui (*a*). Laissez-moi ajouter que je puis d'autant moins vous accepter pour juge en pareil cas, que nous ne comprenons pas de même les devoirs de la critique, et que vous la portez souvent sur un terrain qui lui est étranger. J'ignore si, en m'écrivant, vous avez cru vous renfermer dans les limites de la plus parfaite convenance; moi, monsieur, je suis d'un tout autre sentiment, et il est certains passages de votre lettre que je ne signerais pas, parce que sous la douceur affectée de la parole, il s'y cache tout autre chose que la polémique littéraire, la seule que je reconnaisse pour légitime (*b*).

(*a*) Toute cette théorie sur le *point d'honneur* est radicalement fausse. Il ne s'agit point ici d'une querelle d'honneur qui, sous Louis XIV, eût pu conduire MM. Laboulaye et Bonnier devant la cour des maréchaux. L'homme qui, *se sentant blessé*, veut être *seul juge de l'offense*, n'imprime point ses réclamations, car se plaindre par la voie de la presse, c'est évidemment soumettre ses plaintes au jugement d'autrui.

(*b*) Il ne suffit pas de le dire, il faudrait encore le prouver. Quel que soit mon

Je ne doute pas qu'une pareille réflexion ne vous étonne infiniment, et que vous ne protestiez de la droiture de vos intentions (*a*) : mes réclamations vous toucheraient peu, mes raisonnements pourraient ne pas vous convaincre ; permettez-moi une petite démonstration qui peut-être ne pourra vous dessiller les yeux, mais qui probablement édifiera le lecteur sur le mérite d'une certaine théorie que vous mettez en avant avec une simplicité parfaite, théorie fort ingénieuse, mais qu'un janséniste n'avouerait pas (*b*).

Je suppose que ma réponse soit copiée sur la première lettre de M. Bonnier, et qu'après vous avoir pris seul à partie comme opposé à toute réforme, j'ajoute, par forme de réflexion générale, une de ces allégations vagues qui circulent dans les environs de l'École de Droit : « On sait bien, dirais-je, d'où vient l'opposition de quelques-uns des professeurs ; ce n'est pas la science, c'est leur traitement qu'ils défendent, et ce qui pour nous est une question de réforme, est pour eux une question d'argent[1]. »

[1] Je choisis de préférence ce modèle d'insinuations perfides, pour qu'on ne puisse pas supposer un seul instant que je veuille, de façon détournée, faire peser sur la Faculté d'odieux soupçons. Je me suis, en effet, déjà expliqué sur la question du traitement ; je considère comme un engagement sacré le contrat par lequel l'État garantit au professeur un certain revenu. Toute réforme qui toucherait au traitement me semble injuste, toute opposition des professeurs à un pareil changement me semble fondée, et je n'admets pas par conséquent que des hommes honorables prennent une voie détournée et indigne d'eux pour faire valoir des droits, selon moi, incontestables. (*Note de M. Laboulaye.*)

---

amour pour la paix, je repousse à mon tour ces *insinuations* de M. Laboulaye. Qu'il veuille bien préciser d'une manière catégorique les inculpations dont il se plaint, qu'il me pose des questions à ce sujet. Si mes réponses lui paraissent ou insuffisantes, ou injustes, ou contradictoires avec ce que j'ai dit jusqu'à présent, qu'il en prenne hautement ses avantages, qu'il montre que je biaise ou que je persiste à tort, ou enfin que je me rétracte. Pour commencer, je déclare tout d'abord et de moi-même que ni M. Bonnier ni moi nous n'avons jamais eu aucune raison de croire que M. Laboulaye prétendît à une chaire de l'école de droit. Mais en est-il moins vrai que beaucoup de déclamations contre le système du concours viennent de gens qui visent aux chaires et qui espèrent y arriver par les voies les plus faciles ? C'est là un fait certain ; et, à mes yeux, le nier, c'est nier l'évidence même.

(*a*) Je n'ai pas besoin de protester *de la droiture de mes intentions*. Ces protestations vagues ne signifient jamais rien. Pour juger de la droiture des intentions d'un homme, interrogez sa conduite.

(*b*) Je n'ai mis en avant aucune *théorie*, ingénieuse ou non. J'ai dit et je persiste à dire que nul, dans une polémique publique, n'est fondé à transformer en personnalités, pour s'en plaindre, des propositions générales. Tant pis pour ceux qui

Voilà une de ces insinuations que je vous laisse le soin de qualifier, mais qui, prise à la même source que la célèbre histoire du partage anticipé de certaine chaire vacante, peut, d'après votre système, s'imprimer innocemment dans toute espèce de Revue; car si vous, monsieur, seul nommé dans ma réponse, vous osiez protester contre la perfidie d'une telle imputation, je n'aurais pour vous répondre qu'à me servir de vos propres paroles (*a*).

Réponse de M. Valette *à* M. Laboulaye, *qui se plaint que, par forme d'insinuation générale, on mette en doute le désintéressement de ses opinions.*

Je ne crains pas de vous mettre au défi d'indiquer, dans l'article dont vous vous plaignez, une seule expression s'adressant à vous qui sorte des limites de la plus exacte politesse.

Qu'a dit M. Bonnier?

Que les adversaires du système du concours se divisent en deux classes, l'une composée d'hommes dont les sentiments sont consciencieux et désintéressés, et qu'il tiendrait à convaincre; l'autre formée de personnages qui sont, au contraire, fort intéressés dans la

Réponse de M. Laboulaye *à* M. Valette, *dans le cas où il se plaindrait que, par forme d'insinuation générale, on mît en doute le désintéressement de ses opinions* (*b*).

Je ne crains pas de vous mettre au défi d'indiquer, dans l'article dont vous vous plaignez, une seule expression s'adressant à vous qui sorte des limites de la plus exacte politesse.

Qu'ai-je dit?

Que les défenseurs du concours se divisent en deux classes, l'une composée d'hommes dont les sentiments sont consciencieux et désintéressés, et que je tiendrais à convaincre; l'autre formée de personnages qui sont, au contraire, fort intéressés dans la ques-

---

veulent s'appliquer à eux-mêmes ces généralités : ils pèchent ou par la conscience de leur tort ou par l'entraînement d'une susceptibilité excessive. Écrivez, si bon vous semble, à Duvergier, dans une lettre sur la profession du barreau ou sur les travaux de la jurisprudence, qu'il existe des avocats avides d'argent et habiles dans l'art de rançonner les plaideurs, ou des écrivains à l'âme sordide qui font de basses spéculations de librairie, et vous verrez s'il se tiendra pour personnellement offensé.

(*a*) Je ne protesterais pas le moins du monde contre ces imputations ou insinuations générales; ce que M. Laboulaye aurait dit à cet égard pourrait être parfaitement vrai, et je ne suis pas chargé de cautionner l'abnégation personnelle et l'héroïsme désintéressé de tous les membres du corps enseignant. Je dirais seulement que, si des professeurs de droit ont jamais pensé qu'il fût de leur intérêt pécuniaire de réclamer, en exécution des lois, la mise au concours des chaires vacantes, ils ont fait le calcul le plus maladroit du monde. Comment donc n'ont-ils pas vu que, tout au contraire, il serait de leur intérêt que les chaires vacantes fussent jetées en pâture aux *hommes éminents* qu'il s'agit de pourvoir, afin d'éviter ainsi que *le besoin ne se fasse sentir* de créer des chaires nouvelles.

(*b*) N'est-il pas curieux de voir M. Laboulaye mettre dans ma bouche, pour avoir le plaisir de me réfuter, une plainte ridicule que je n'ai jamais faite et que je ne ferai jamais?

question, comme aspirant à la faveur d'une nomination faite sans concours.

Cette distinction est simple, naturelle et empreinte à la fois de justice et de modération.

Maintenant, est-ce la faute de M. Bonnier, s'il vous plaît de supposer qu'*in petto*, sans qu'il en ait rien dit, il vous a placé dans la dernière de ces deux classes, et non dans celle des hommes consciencieux et désintéressés?

Et parce que M. Ledru-Rollin a jugé à propos de vous adresser, en termes assez peu flatteurs, une imputation analogue[1], est-ce donc sur M. Bonnier que doit retomber votre colère?

Pourquoi donc vous plaindre de M. Bonnier, qui n'a pas même dit, tant sa discrétion est grande, que les adversaires *intéressés* du concours fussent en majorité?

tion, comme préférant un gros traitement aux progrès de la science.

Cette distinction est simple, naturelle et empreinte à la fois de justice et de modération.

Maintenant, est-ce ma faute s'il vous plaît de supposer qu'*in petto*, sans que j'en aie rien dit, je vous aie placé dans la dernière de ces deux classes, et non dans celle des hommes consciencieux et désintéressés (*a*)?

Et parce qu'un des directeurs de la *Revue* (homme d'esprit dont je n'ose citer le nom dans la crainte de faire tourner au jaune le plus foncé l'innocente *Revue étrangère*) (*b*), a jugé à propos de vous plaisanter en termes assez peu flatteurs sur *la tristesse de votre critique*[2], est-ce donc sur moi, qui n'ai jamais dit un mot de vous, que doit retomber votre colère (*c*)?

Pourquoi donc vous plaindre d'un homme qui n'a pas même dit, tant sa discrétion est grande, que les défenseurs *intéressés* du concours fussent en majorité?

Que pensez-vous, monsieur, de ce genre de discussion? Est-ce là cette critique permise qui raille quelquefois le ton guindé et

1 *Revue de législation*, janvier 1845, p. 155.
2 *Revue de législation*, janvier 1841 et février 1842, p. 121.

(*a*) Parfaitement raisonné! Cette argumentation est concluante, et, si j'avais eu la maladresse de me l'attirer, j'en dirais mon *meâ culpâ*, et je demeurerais bouche close.

(*b*) Ingénieuse allusion à la couleur de la couverture des cahiers de la *Revue*.

(*c*) Cet alinéa paraîtra obscur aux lecteurs de notre *Revue*; nous allons le leur expliquer. On y fait allusion à deux articles publiés en 1841 et 1842, par M. Troplong, dans la *Revue de législation*, articles où M. Troplong démontre, avec une logique irrésistible, qu'en critiquant (en 1835 et 1836), plusieurs passages d'un de ses ouvrages, je n'ai pas eu le sens commun. Mais, dira-t-on, comment cela s'enchâsse-t-il avec ce dont il est ici question? Le voici: M. Laboulaye, comme on l'a vu, suppose le cas où je serais fort mécontent d'être accusé, ou de me croire accusé par lui, de préférer bassement *un gros traitement* à de justes et utiles réformes; or, dans cette hypothèse, pour se débarrasser de mes réclamations, il imagine de me répondre: Pourquoi ne faites-vous pas tomber plutôt votre colère sur M. Troplong qui a prouvé que vous étiez un *triste*, c'est-à-dire un détestable critique, et que vous aviez le plus grand tort de ne pas goûter ses ouvrages? Quoi qu'en dise M. Laboulaye, il m'est impossible d'admettre que, dans l'occasion, il m'opposât jamais cette bizarre, cette incroyable fin de non-recevoir.

les prétentions doctorales de certaines gens, mais qui s'arrête toujours devant le sanctuaire de la conscience, et ne se permet jamais de flétrir un adversaire? Est-ce, au contraire, cette autre polémique qu'il ne m'appartient pas de désigner plus clairement? J'en fais juges tous nos lecteurs. Étrangers à des querelles qui n'auraient pas dû s'élever entre nous, il leur sera facile de prononcer (*a*).

En n'insistant point sur d'autres insinuations non moins blessantes (*b*), insinuations que je voudrais imputer à l'entraînement d'une improvisation écrite au courant de la plume, si votre article ne portait, comme tous vos ouvrages, le cachet du travail et de la méditation, je crois, monsieur, vous donner la meilleure preuve de ma considération pour votre talent.

Permettez-moi d'espérer que nous en avons fini de ces discussions qui donnent le change à l'opinion publique, et l'empêchent de s'occuper des idées en l'intéressant à de misérables questions personnelles. Donnez-nous votre opinion sur le concours : voilà un sujet plus digne de vos patientes études que de modestes épigrammes contre l'habit vert des académiciens (*c*). Nous serons très-heureux de connaître votre système sur ce point (*d*).

(*a*) J'accepte aussi les lecteurs pour juges, et je m'en réfère à ce que j'ai dit plus haut. L'approbation empressée que, dans tous ces débats, j'ai reçue d'une foule de personnes dont je connais l'impartialité et la modération, m'est un sûr garant que je n'ai pas dépassé les limites d'une polémique permise.

(*b*) S'il s'agit ici d'autre chose que de prétentions à une chaire de droit, je n'y comprends absolument plus rien.

(*c*) Voici bien une autre affaire ! Ai-je donc jamais parlé des *habits verts des académiciens*? Il n'est vraiment pas charitable de me prêter gratuitement des plaisanteries aussi lourdes et aussi usées. Je crois certes bien que mes épigrammes sur les académiciens doivent être *modestes :* car, si j'en ai fait quelqu'une, c'est à la manière de M. Jourdain, sans le savoir. Comme les plaisanteries de ce genre sont des plus anodines, et que les académiciens, pas plus que les médecins, n'ont l'habitude de se fâcher en pareille circonstance, M. Laboulaye me croira, ici du moins, sur parole, quand je lui dirai que je n'ai entendu plaisanter ni les académies, ni aucun de leurs membres. Loin de vouloir guerroyer contre les académies, j'avais intérêt à les défendre, puisque par là même, et à l'aide d'un simple argument d'analogie, je défendais l'institution du concours, le point de départ de mon raisonnement étant toujours cette règle de logique : *Ne pas conclure du particulier au général.*

(*d*) L'institution du concours est la base fondamentale de nos écoles de droit, qui sont les corporations les plus laborieuses, les plus attachées aux devoirs de l'enseignement, les plus utiles que l'on puisse trouver en France. Si le concours était aboli, je craindrais fort que l'enseignement sérieux et positif ne fît place aux inutilités déclamatoires, au fatras philosophique et historique, en un mot, à la

N'oubliez pas surtout de traiter un des problèmes les plus délicats qui se rattachent au concours, celui de savoir si, dans l'avenir comme dans le passé, il sera interdit aux professeurs de province (seuls entre tous les fonctionnaires publics) d'espérer un avancement légitime (*a*). Votre opinion à ce sujet ne peut manquer d'être d'un grand poids, car on la considérera toujours un peu comme l'opinion de la Faculté qui vous compte parmi ses plus éminents défenseurs (*b*).

Je suis, monsieur, avec la haute considération qui est due à votre talent,

Votre très-humble et très-obéissant serviteur,

ÉDOUARD LABOULAYE.

---

mauvaise littérature du droit. De plus, je l'avouerai franchement, je me défie beaucoup des *hommes éminents* qui feraient irruption dans l'école par l'influence des notabilités parlementaires, des journaux et des académies : ces hommes-là, eussent-ils même la science infuse, sont trop surchargés d'occupations de tout genre, pour remplir avec une exactitude scrupuleuse leurs devoirs de professeurs. J'ai de bonnes raisons de croire qu'en général ils font plus de bruit au dehors que de besogne au dedans : ce sont les bourdons de la ruche.

(*a*) Le système qui consiste à appeler à Paris les hommes notables des Facultés de province est, selon moi, le plus mauvais, le plus dangereux qu'on puisse imaginer. Ou les choix seront bien faits, et les Facultés de province seront dépouillées, découronnées, abaissées à la condition d'écoles de noviciat et de préparation au professorat de Paris. Ou, ce qui est bien plus probable, les choix seront mal faits (sur des recommandations de députés, d'académiciens, et autres gens *à ce non connaissant*, ou sur le vu de prétendus chefs-d'œuvre portés aux nues par des jurisconsultes qui ne passeraient pas un examen de bachelier en droit), et, dès lors, on verra les autres professeurs de province tantôt dégoûtés de leur état par l'injustice des passe-droits, tantôt empressés de quitter leur service pour venir à Paris opposer sollicitations à sollicitations :

Di meliora piis, erroremque hostibus illum!

(*b*) Je remercie M. Laboulaye de l'opinion, beaucoup trop bonne sans doute, qu'il a de moi. Je ne vois point dans chacun de ses éloges une épigramme, de même que je n'ai point fait d'épigrammes quand j'ai rendu hommage à son mérite.

Notice historique et analytique sur le Code pénal de Russie [1].

Par un Jurisconsulte russe.

§ 1er. — Origines.

Les origines du droit pénal en Russie n'offrent rien de particulièrement curieux ou instructif, et c'est tout simple. Pourquoi étudions-nous avec ardeur les antiquités des institutions chez certaines nations? C'est que ces institutions tiennent indissolublement à leur histoire, et que cette histoire c'est l'histoire du mouvement général de la civilisation, c'est l'histoire universelle, c'est la nôtre. Pourquoi, peu satisfaits du corps de droit romain tel que nous l'a légué Justinien, remontons-nous de jalon en jalon, de source en source, jusqu'à Athènes et l'Égypte, pour en débrouiller les plus obscures origines? C'est que c'est, un dépôt de maximes, de formules, d'axiomes éternels et immuables, comme la justice et l'équité qui les ont dictés; c'est que c'est, la raison écrite, le testament de l'humanité, et que toutes les législations existantes, à fort peu d'exceptions près, tiennent à cette législation mère comme par une sorte de cordon ombilical. Tel n'est pas le rôle assigné aux commencements de l'empire slave. Malgré son accroissement prestigieux, les brillantes péripéties de son développement, pendant des siècles il n'a jamais pesé sur le continent, son histoire n'a cessé d'être une histoire locale et isolée. Réserve mystérieuse de la Providence, la Russie a des destinées inconnues et lointaines dont nous connaissons à peine le premier mot; elle a une mission qu'on pressent mais que recouvre un voile impénétrable. A ce titre, son présent, son

[1] Tous les faits et renseignements que nous allons relater sont puisés à la notice qui a accompagné la présentation du projet sous le titre de « Notice générale explicative, » et qui est évidemment due à la plume tout à la fois élégante et profonde du principal auteur du projet. Notre intention était d'abord de la reproduire intégralement; nous préférons la suivre pas à pas, en conservant dans nos allures assez de liberté pour traiter certaines questions avec l'indépendance qu'elles réclament.

avenir, appellent la plus vive sollicitude; mais son passé, cher sans doute aux sentiments patriotiques du pays, précieux pour l'érudition nationale, est pour l'homme d'État sans enseignement, pour le jurisconsulte une nomenclature.

Essayons toutefois, en suivant notre guide, d'esquisser à larges traits le passé du droit pénal.

Tant que la pénalité reposait sur le système de la retaliation, abandonnée, d'après la coutume dominante, à la vindicte individuelle, l'action du pouvoir était et devait être à peu près nulle. Mais les souverains de la Russie, avec une rare sagacité, ont compris que le droit de punir était un attribut exclusif de la puissance souveraine, et mirent promptement fin à l'autonomie individuelle. Déjà le Code de Jaroslas le Grand, portant la dénomination énergique de *Vérité russe*, embrasse les délits privés les plus usuels : meurtres, blessures, outrages, vol et destruction de la propriété d'autrui. Malgré le démembrement, l'action du pouvoir législatif ne fut point suspendue; presque chaque principauté fut dotée d'un règlement judiciaire où dominait toujours la partie pénale. On y voit le germe d'une procédure et d'une organisation judiciaire; la nomenclature des délits s'enrichit. De tous ces règlements, le plus remarquable est le Soudebnik du grand-duc de Moscou, Ivan III, promulgué en apparence pour cette principauté, en réalité, dans la pensée de son auteur, destiné à devenir le Code général des fractions encore morcelées, mais dont il méditait la fusion. On donna plus de soin à la rédaction de cette œuvre : la procédure et l'organisation y sont à peu près déterminées. La forfaiture des fonctionnaires vient compléter les actes déclarés punissables.

La grande pensée d'Ivan III, s'accomplissant graduellement sous les règnes d'Ivan IV et de Théodore, auxquels on est redevable des deux remaniements du Soudebnik primitif, arriva à une réalisation définitive sous le règne d'Alexis Michailovitch. A partir de cette époque, la Russie n'eut qu'une loi. Cette loi, tout à la fois code et svod, chercha à perfectionner le système du droit pénal : les délits n'y sont plus traités isolément, mais groupés d'après leur nature. Chaque catégorie constitue un chapitre distinct; il y a plus de concordance entre la criminalité et la peine.

Les attentats contre la religion, les crimes d'État, les délits contre la propriété de l'État et le service militaire, avec différents autres, portent le caractère des infractions contre la chose publique, sans préjudice des délits contre les personnes, mieux réglés et définis. Tel est le contenu de la partie pénale du fameux Code d'Alexis.

Arrive l'époque du grand règne. Il était indispensable et urgent d'avoir une armée, une flotte, une organisation administrative; il était également indispensable d'avoir une législation mieux coordonnée quant à la forme, perfectionnée quant au fond. Pierre le Grand fit marcher les deux entreprises à la fois. Il se chargea personnellement de la première, et rédigea presque en entier de sa main, le Code militaire, le Code naval, le Règlement général. De cette manière, les armées de terre et de mer furent pourvues d'un Code pénal; et toutes les dispositions législatives sur la forfaiture des fonctionnaires, déjà fort nombreuses, systématiquement rédigées dans un ensemble complété et perfectionné, prirent place au Règlement général. Les travaux de codification furent confiés à une commission, puis à une autre, puis à une troisième, instituées en 1700, 1714, 1720. Toutes n'aboutirent à aucun résultat, la puissante volonté du fondateur succombant sous l'inaptitude de ses organes. C'est à partir de cette époque que commence la série de commissions qui se succédèrent sans interruption jusqu'au règne actuel [1], tout aussi stériles, tout aussi illusoires. Tout en nous abstenant de donner l'historique de ces tristes avortements, cherchons quel a pu être le vice radical qui a paralysé tant d'efforts et tant de persistance. Il faut le dire, c'est l'absence d'un système irrévocablement arrêté. Ce vice se manifeste au début de la première commission. Voulait-on d'un système *à priori* ou d'un système *à posteriori*, d'un code ou d'un svod? Voilà sur quoi on ne s'est jamais résolument prononcé. On voulait tantôt de l'un, tantôt de l'autre, souvent des deux à la fois. On voulait tantôt embrasser l'ensemble de la législation, et faire un pannomion complet, tantôt élaborer les détails, se borner à des codes partiels. Flottants, ballottés

[1] Dates des institutions: 1720, 1730, 1754, 1760, 1767, 1797, 1804.

entre ces deux formes, entre ces deux tendances, les commissaires tournoyaient dans un cercle sans issue; nouveaux Sisyphes, ils étaient condamnés à « faire, défaire, refaire et contrefaire l'ouvrage de la veille; » juste châtiment des intelligences médiocres qui affrontent une tâche au-dessus de leur portée; elles disparurent toutes sans avoir rien fait, à tel point qu'on ne trouva pas une simple collection des lois obligatoires, pas même des éléments complets pour en former. Nous l'avons dit ailleurs : ce fut une halte dans le vide; elle dura cent vingt ans et gaspilla des millions.

Hâtons-nous toutefois d'excepter de cette proscription deux essais méritoires. L'un est le projet d'un Code général rédigé par la commission d'Élisabeth. Sans doute il laisse encore beaucoup à désirer sous le rapport de la méthode; il ne donne aucune de ces notions générales, de ces principes dirigeants qui, au dire de notre auteur, déterminent la véritable portée des dispositions spéciales et en facilitent l'application; il confond les peines avec les règles de procéder, et ne classifie pas suffisamment les premières, mais il en précise la nature, les approprie avec plus de sagacité au degré de culpabilité, et complète l'énumération des faits punissables. L'impératrice lui refusa la sanction; elle trouva qu'on y prodiguait trop la peine de mort, que les améliorations étaient timides et imparfaites; elle voulait qu'on innovât, et on s'était borné à coordonner.

L'autre projet appartient à la dernière commission. Dire qu'il fut l'œuvre d'un savant allemand, c'est déclarer que la partie philosophique y fut traitée avec le plus de soin. On en commença la discussion en 1813: continuée en 1814, elle ne fut reprise qu'en 1824. Douze ans d'interruption amenèrent des changements notables dans la législation pénale de l'empire. La théorie même s'était enrichie de nouveaux aperçus; la discussion, mollement poursuivie, s'épuisa dans son propre sein.

Dans l'intervalle, que faisait la société? Attendait-elle, dans une attitude indifférente, le grand œuvre des codificateurs, toujours promis, jamais livré? La société, cet être organique, cette réalité vivante, pouvait-elle, elle aussi, faire pendant cent vingt ans sa halte dans le vide? Aussi le pouvoir s'empressait de satisfaire à ces

besoins nouveaux à mesure de leur révélation ; ces mêmes règnes, si infructueux à produire une œuvre d'ensemble, sont les plus féconds pour les lois de détail. « Ce contraste, ajoute l'auteur, observable d'ailleurs partout, s'explique aisément par la position du gouvernement, qui sent d'un côté la nécessité de tenir constamment la législation au niveau du développement social, et de l'autre ne trouve ni temps ni moyens pour élaborer un système complet propre à satisfaire ce vœu. » Ces lois de détail sont pour la plupart la sanction de dispositions que contenaient les statuts et lettres patentes avec lesquels l'impératrice Catherine compléta l'organisation sociale et administrative de l'empire ; on en trouve dans le statut organique du gouvernement, dans la loi sur le commerce par eau, dans le Code de police, les lettres patentes dotant la noblesse et la haute bourgeoisie de ses priviléges, le Code industriel, l'institution d'une banque à papier-monnaie, portant d'elle-même sa sanction pour les cas de contrefaçon. Ici encore appartiennent le manifeste contre le duel, et un édit colligeant, coordonnant et perfectionnant toutes les lois obligatoires sur les différentes espèces de vol, vrai bill généralisateur, conception admirable parmi les procédés codificateurs, qu'on avait toujours attribuée à sir S. Romilly, et qui se trouve avoir été pratiquée par le vaste génie de Catherine [1].

Même système sous l'empereur Paul : tantôt les dispositions pénales sont accessoires à un règlement général à qui elles servent de sanction (Code forestier, règlement des jurandes) ; tantôt elles apparaissent portant leur caractère propre (loi sur le meurtre, vol-brigandage, vol-soustraction, loi sur les banqueroutes).

Nous allons aborder un autre ordre d'idées. L'auteur va nous révéler l'esprit de cet ancien droit, en apprécier les bases et déterminer le caractéristique.

Les notions théoriques, les définitions et classifications, l'imputabilité, les circonstances aggravantes et atténuantes, tout cela n'apparaît que tardivement et jamais sous l'aspect d'un principe général, dans une formule assez large pour embrasser l'en-

[1] Cet édit est à la date du 3 avril 1781.

semble. Ainsi la définition du délit n'est donnée nulle part. La classification des délits, entreprise pour la première fois dans le Code d'Alexis, reproduite dans le projet d'Elisabeth, esquissée par Catherine la Grande dans sa fameuse instruction autographe, est toujours fort défectueuse. Longtemps on n'admet presque aucune modalité dans l'application de la peine, en raison de l'incrimination de la tentative ou perpétration, de l'action directe ou complicité. Ainsi le Code Jaroslas abaisse la peine pour tentative de mutilation, mais on y chercherait en vain une règle sur l'appréciation de toute autre tentative; le Code Alexis mentionne l'homicide accidentel et le distingue du meurtre, mais il ne s'élève pas jusqu'à la généralisation de l'excuse. On y trouve, il est vrai, la règle que les chefs doivent être punis plus rigoureusement que les coopérateurs; que l'auteur intellectuel du meurtre est puni à l'égal de l'auteur matériel; mais nulle part des principes sur l'approportionnement des peines au degré de participation. Ce n'est qu'en 1669 que l'enfance, et 1727 que la démence ont été proclamées causes légitimes d'excusation. Bref, ce sont les premiers bégayements d'un peuple livré à ses propres ressources, à ses propres instincts, ne manquant pas de tact et d'habileté pratique, mais sous le rapport de la science classé par la Providence au nombre de ceux à qui de Maistre appliquait la prophétie de Virgile :

Excudent alii. . . . .[1].

Embrassant ensuite d'un coup d'œil généralisateur les différentes espèces de peines successivement introduites, l'auteur distingue, dans le système de la pénalité, trois époques bien

[1] Et cependant le Code pénal militaire, ou, pour parler plus correctement, les *articles militaires* (appendice en 209 articles à la loi constitutive de l'armée, réglant la partie disciplinaire) méritent une mention particulière. Œuvre personnelle de Pierre le Grand, cet appendice a mis à profit tout ce que les législations contemporaines de Suède et de Danemark offraient de plus remarquable, en empruntant, comme c'est notoire, à la fameuse *Carolina* les notions fondamentales du délit et de l'imputabilité. On y trouve la préméditation, la faute et l'accident, ces trois générateurs des infractions; on y trouve l'intention distinguée de la tentative et de la perpétration; la culpabilité est graduée en raison du degré de participation de l'agent; enfin une indication assez détaillée des causes d'excuse, d'aggravation et d'atténuation. La notice qui nous sert de guide a passé sous silence la teneur de ce monument si remarquable pour son temps.

tranchées. Le criterium de la première est dans la *rémunération*, celui de la seconde l'*intimidation*, la troisième adopte la *moralisation*. La courte durée de la première expire avec la publication du premier soudebnik central; sa base est la composition pécuniaire. Le système de l'intimidation, sanguinaire tribut que chaque nation a dû acquitter aux idées dominantes de l'époque, consiste dans des peines purement afflictives : la mort, la mutilation, le tenaillement des narines, le knout, des tortures barbares, des atrocités révoltantes, figurent dans ce triste répertoire. Bien autrement riche est la nomenclature des peines dans le Code pénal militaire; le supplice capital, à lui seul, apparaît sous six aspects divers (l'écartellement, la roue, le bûcher, la décapitation combinée parfois avec l'application d'un fer rouge sur la langue, la corde, la passation aux armes). On le voit, tout est matérialisé; c'est au corps qu'on s'attaque, on le torture, on le mutile, on produit l'horreur. Mais hâtons-nous d'ajouter que ce système, qui atteignit sous Alexis et Pierre le Grand son point culminant, tomba, en Russie comme ailleurs, devant l'influence adoucissante des mœurs. Déjà, sous Élisabeth, ce n'était presque qu'un épouvantail.

Chose bizarre! au milieu des fureurs du système d'intimidation, nous y voyons cependant, et déjà sous le règne d'Alexis, poindre l'aurore d'un système de mansuétude en vue de la moralisation du coupable. C'est l'introduction d'une peine purement individuelle à la Russie, et dans laquelle se trouve déposé tout un système pénitentiaire. Cette peine, c'est l'expulsion du domicile avec incolonisation plus ou moins longue dans des contrées plus ou moins reculées, mais sans quitter le territoire continental. Ce n'est pas la déportation; cette dernière retranche le coupable de la société, tandis qu'avec l'incolonisation à terme, la société veille sur l'égaré et lui procure la faculté de rentrer dans les voies d'ordre et de probité. L'avénement du troisième peut donc dater à partir du règne d'Élisabeth, qui donna à l'expulsion un jeu fort large soit comme application directe, soit et particulièrement comme mode de substitution aux peines analogues en gravité : l'impératrice y rattachait une pensée gouvernementale; elle espérait peupler ainsi la Sibérie.

Nous avons suffisamment insisté sur les imperfections et les lacunes du droit pénal positif; que dire de l'administration de la justice? Que pourraient même le zèle, le talent, la probité, en présence de matériaux tronqués, hétérogènes, se suivant au jour le jour sans liaison intime, n'ayant jamais ni antécédent ni corollaire? Ajoutez un vice notable dans la rédaction. La société marche vite, la loi boite, le législateur à grand'peine s'efforce à les maintenir en équilibre. Vienne à surgir un cas neuf, une contingence imprévue, poussé par l'urgence, il passait outre sans étudier les documents existants et rattacher ses combinaisons aux principes déjà adoptés. Alors, crainte de tomber en contradiction avec lui-même, s'introduisit doucement la formule consacrant l'arbitraire du juge par ces paroles sacramentelles : « Punir d'après toute la rigueur des lois, — punir comme violateur de la loi, — appliquer la loi, — punir en proportion de la culpabilité. » Le comte Speransky, qui dans la confection du Svod avait souvent recours à des tours de force, trouva moyen, en combinant, juxtaposant et interprétant les uns par les autres une dizaine d'oukases, issus depuis 1720 jusqu'à 1823, d'en faire sortir un correctif à l'arbitraire du juge, en lui imposant la nécessité de procéder par voie d'analogie, palliatif bien insuffisant, et qui ne nous empêchera point de conclure à l'absence en Russie, *jusqu'à la promulgation du Code actuel*, d'un des trois axiomes, garantie sacrée de chaque système pénal qui aspire à être régulier :

Nulla pœna sine lege.

§ 2. — Svod.

Tout a été dit sur cette phase monumentale de la codification de l'empire. Il a été réservé à la Russie de produire ce géant intellectuel, cet homme aux *mighty powers* que cherchait Bacon, autre géant, pour comprendre, pour maîtriser et exécuter son magnifique programme. Il a été réservé à la Russie de parachever cette œuvre, *the most arduous*, *the most glorious*, *the most useful*, et encore sur la plus vaste échelle, qu'aient enregistrée les annales des codifications; doublement vaste, car elle

est à la fois une *pasinomie* et une *pasicratie.* Sous le premier aspect, elle résume en 32 Codes distincts, répartis en quinze volumes, les 56 volumes in-4° de la collection et les 36,000 oukases qui la composent, et dont bon nombre comptent les articles par centaines et par milliers, embrassant ainsi toute la législation organique, civile et règlementaire. Sous l'autre, elle tenait compte des grandes circonscriptions législatives de l'empire, en coordonnant séparément la grande Russie, les provinces occidentales, baltiques, la Finlande, comprenant dans ce vaste réseau, sous la dénomination d'un Code des steppes, jusqu'aux lois régissant les tribus nomades.

(*La fin au prochain cahier.*)

CHRONIQUE.

Angleterre. Dans la chambre des communes, M. Watson a été autorisé à présenter un bill tendant à la suppression des diverses peines et restrictions prononcées par les lois en vigueur contre les partisans du culte catholique. Dans la chambre des lords, le lord-chancelier a présenté un bill analogue. — La chambre des lords a procédé à la première lecture du bill présenté par le lord-chancelier, et ayant pour but l'abolition des peines que les lois en vigueur prononcent contre ceux qui professent certaines opinions religieuses.

Bade. M. Zittel, membre de la chambre des députés, a présenté à cette chambre une proposition ayant pour but une complète liberté religieuse. Il s'agissait surtout des néo-catholiques ou partisans de Ronge, auxquels le gouvernement avait refusé la permission d'instituer des communes. L'adoption de cette proposition impliquant un blâme adressé au gouvernement, le grand-duc vient de dissoudre la chambre.

Bavière. Les chambres ont adopté un projet de loi destiné à restreindre la publicité des débats dans les cas des articles 317, 330 jusqu'à 339 du Code pénal français, qui est en vigueur dans le Palatinat.

Espagne. Le nouveau ministère a pris des mesures contre les jeux de bourse. Les achats et ventes ne peuvent plus être faits à la bourse que moyennant argent comptant.

Hanovre. Le traité de commerce et de douane qui a été conclu le 16 octobre dernier entre ce royaume et les États composant l'union douanière, vient d'être publié.

Hohenzollern-Sigmaringen. Le prince vient de faire promulguer une ordon-

nance relative au rachat des droits de pâturage. Aux termes de cette ordonnance, le rachat peut être demandé tant par l'ayant droit que par le propriétaire de l'immeuble soumis à ce droit.

NASSAU. Le gouvernement vient d'établir à Marienstadt une prison à laquelle il a joint une maison destinée à l'éducation des enfants des deux sexes dont l'éducation a été négligée, ainsi qu'une maison de détention des individus dont la liberté pourrait être dangereuse à la sûreté publique et aux bonnes mœurs.

PRUSSE. Le Journal du ministère (*Ministerialblatt*) contient une circulaire adressée par le ministre de l'intérieur aux présidents de provinces, par laquelle il est recommandé à ces derniers de surveiller les opérations des associations formées dans le but d'encourager les émigrations et de veiller à la stricte exécution des lois relatives à ce sujet.

SAXE. La chambre des députés, dans sa séance du 16 juillet, a rejeté la proposition du député Schaffrath, tendant à confier la justice administrative à des fonctionnaires autres que ceux chargés de l'administration proprement dite.

TUNIS. Un édit du bey déclare les noirs libres dans toute l'étendue de cet État; tout esclave étranger qui touchera le sol de la régence sera remis, par cela seul, en possession de sa liberté.

WURTEMBERG. Une ordonnance royale contient les dispositions suivantes, relatives aux dissidents de l'Église catholique. Les dissidents ne peuvent pas prendre le titre de communautés religieuses. Ils formeront des associations religieuses sans jouir des droits attribués aux corporations (êtres moraux), et ils sont soumis aux pouvoirs d'inspection des autorités de police. Toutefois, il leur est permis de se réunir pour l'exercice du culte. Ces réunions n'auront rien de public, et seront considérées comme des réunions privées. Les prêtres choisis par les dissidents sont autorisés à faire les baptêmes, à donner l'instruction religieuse et à prononcer des discours à l'occasion des enterrements. Il est défendu de sonner les cloches pour l'appel des visitants à leurs réunions. Les mariages bénis par un prêtre dissident n'auront point d'effet civil. — Le gouvernement a refusé l'autorisation de publier trois missives du saint-siége, adressées à feu l'évêque de Rottenbourg, et relatives à la célébration des mariages mixtes.

FRANCE. Le *Moniteur* du 5 janvier publie une circulaire du ministre de la justice contenant une instruction sur les frais de justice criminelle, dont nous extrayons les passages suivants :

« Monsieur le procureur général, les frais de justice criminelle s'étaient élevés en 1841 à 4,541,316 fr. Justement préoccupé de leur augmentation toujours croissante, je vous ai adressé, le 16 août 1842, une circulaire dont la stricte exécution devait avoir pour résultat de les diminuer sans nuire à la bonne administration de la justice. Dès la même année ils ont subi une réduction. En 1843, leur diminution a été de 227,784 fr. comparativement à 1841, quoique les tribunaux de répression aient jugé 31,758 affaires de plus pendant cette dernière année; mais l'augmentation n'a pas tardé à se reproduire progressivement. Déjà en 1844 la dépense est montée presque au même chiffre qu'en 1841 (à 4,519,412 fr.); elle dépasse les prévisions du budget.

» . . . . . Les indemnités des témoins et les salaires des huissiers sont les deux articles de dépense les plus considérables. Ce sont ces deux articles, surtout le dernier, qui ont éprouvé le plus d'accroissement. En conséquence, je crois devoir vous adresser quelques nouvelles observations sur chacune de ces parties du service judiciaire.

» Je n'ai pas besoin d'appeler votre attention sur l'une des causes qui peuvent contribuer le plus à augmenter les deux espèces de frais dont il s'agit, sur les renvois des affaires portées devant les cours d'assises d'une session à une autre. Vous comprenez mieux que personne combien est regrettable une mesure qui a le double inconvénient d'obliger à recommencer une dépense déjà faite, et, ce qui est le plus fâcheux encore, de prolonger la détention des accusés. . .. »

Passant à la composition de la liste des témoins, dressée en exécution de l'article 315 du Code d'instruction criminelle, M. le ministre s'exprime ainsi : « Le mode suivant lequel cette liste est formée varie dans les différents ressorts : dans les uns elle est toujours faite au parquet de la cour royale; dans les autres à celui du procureur du roi près la cour d'assises..... Le premier mode me semble préférable..... Quand la liste est faite au parquet de la cour royale, la procédure a été examinée par le magistrat qui a requis le renvoi aux assises et rédigé l'acte d'accusation; elle est ordinairement étudiée par le conseiller qui doit présider les assises. Ces deux magistrats sont parfaitement à même de reconnaître quelles sont les dispositions qui peuvent faciliter la manifestation de la vérité. A l'aide de leur concours, la liste formée sous la direction du procureur général est ce qu'elle doit être; elle contient tous les témoins utiles, et l'on n'y voit pas figurer ceux dont le témoignage n'apporterait aucune lumière nouvelle. Enfin on pouvait généraliser un usage déjà établi dans quelques ressorts : ce serait d'exiger de chaque procureur du roi qu'en adressant les procédures à la chambre d'accusation, il y joignît une note désignant les témoins qui lui paraîtraient devoir être assignés devant la cour d'assises. Cette note, qui ne serait qu'indicative pour le magistrat chargé de dresser la liste définitive, pourrait souvent faciliter son travail. »

Relativement aux indemnités à allouer aux témoins, M. le ministre s'élève avec force contre l'usage où l'on est, dans un certain nombre de juridictions, de préparer pendant les débats les taxes des témoins, de les faire signer par le président à la fin de l'audience, et de les remettre ensuite aux témoins, sans attendre qu'ils les aient demandées. Il recommande l'observation rigoureuse des articles 82 du Code d'instruction criminelle et 26 du décret du 18 juin 1811.

La circulaire s'occupe ensuite du salaire des huissiers, qui s'est élevé en 1844 à 1,322,217 fr., près de 100,000 fr. de plus qu'en 1841. C'est l'article de dépense qui a éprouvé la plus forte progression. « On ne saurait donc, dit la circulaire, soumettre les mémoires de ces officiers ministériels à un trop minutieux examen, afin d'en retrancher des allocations qui ne sont pas suffisamment justifiées, et surtout d'éviter les doubles emplois.....

» Il arrive que lorsqu'un individu détenu avant jugement est condamné à un emprisonnement de courte durée, et même de moins de dix jours, on l'écroue aussitôt, en vertu du jugement, afin de faire courir la peine, et l'on alloue dans ce cas, à l'huissier qui assiste à l'inscription du nouvel écrou, le salaire fixé par l'article 75, n° 11, du décret du 18 juin 1811.

» L'écrou en vertu du jugement est irrégulier tant que le délai d'appel n'est pas expiré; il est inutile, dans tous les cas, quand le condamné doit subir sa peine dans la prison où il est déjà détenu.....

» Cette formalité ne doit être remplie que lorsque le prisonnier est transféré dans un autre lieu de détention; et si cette constatation est opérée pour faire comparaître le détenu devant le tribunal ou la cour d'appel, le nouvel écrou doit être fait, non en vertu du jugement qui n'est pas encore exécutoire, mais en vertu du mandat qui autorise la détention.

« Je vous prie de surveiller l'exécution de cette règle. Sans porter atteinte aux droits d'aucune des parties, elle donnera lieu, dans la plupart des cas, à une double économie, celle du coût de l'extrait du jugement qui devrait être levé pour procéder à l'écrou, et celle du droit d'assistance de l'huissier à l'inscription de l'écrou. »

Enfin la circulaire recommande l'adoption, pour les tribunaux de simple police, de l'usage qui consiste à autoriser les huissiers à prendre copie au greffe des jugements qu'ils ont à signifier, et du moyen autorisé par les articles 147 et 153 du Code d'instruction criminelle, de faire comparaître sur un simple avertissement, et sans frais, les inculpés et les témoins.

— Le *Moniteur* du 6 janvier contient une circulaire du ministre de l'intérieur sur l'exécution de l'article 5 de la loi du 21 mai 1836, relative à la suppression des loteries.

— Le *Bulletin des lois* publie une ordonnance en date du 5 janvier, et qui est relative à la division des archives du royaume et à l'organisation du personnel. — Une autre ordonnance à la date du 2 janvier, et qui comprend 134 articles, a pour objet l'administration et la comptabilité des finances en Algérie.

— Une ordonnance du 10 janvier, relative aux assemblées générales des chambres des cours royales, contient la disposition suivante : « En cas de réunion des chambres d'une cour royale, l'assemblée générale ne sera régulièrement constituée qu'autant que le nombre des membres présents ne sera pas inférieur au nombre nécessaire pour la composition de chaque chambre. Il suffira que la chambre des appels de police correctionnelle soit composée de cinq membres. »

— La chambre des pairs a adopté le projet de loi sur le livret des ouvriers; celle des députés a adopté le projet de loi qui accorde de nouveaux fonds pour l'achèvement des canaux de la Marne au Rhin et du canal latéral de la Garonne.

— La *Revue de Droit français et étranger* a fait connaître que l'Académie de Lyon avait mis au concours l'éloge historique de feu le baron de Gerando, né dans cette ville. Ce prix, proclamé dans la séance de ladite Académie du 30 décembre 1845, a été décerné conjointement à M. Bayle-Mouillard, avocat général à la cour royale de Riom, et à mademoiselle Octavie Morel, de Paris, nièce de feu de Gerando. Nous apprenons avec plaisir que les mémoires des deux lauréats vont être imprimés.

Notice historique et analytique sur le Code pénal de Russie.

Par un Jurisconsulte russe.

SUITE ET FIN [1].

§ 2. — Projet de Code pénal.

a. *Initiative.*

Mais au moment même de l'institution de la commission législative (1826), l'empereur résuma sa pensée dans cette large et énergique formule : *colliger, coordonner, perfectionner.* C'est qu'en effet un svod, point d'arrêt pour le présent en ce qu'il fait sortir du chaos la législation obligatoire, ne peut être pour l'avenir qu'un point d'attente, mais riche en enseignements et facilitant la tâche du réformateur. La pratique judiciaire en signala bientôt les lacunes. La société avait des besoins auxquels le Svod ne pourvoyait qu'imparfaitement; de nouveaux rapports, des combinaisons plus compliquées, surgissaient du mouvement ascensionnel de la richesse mobilière, la force des choses poussait à la troisième phase de l'œuvre codificatrice.

Deux systèmes étaient en présence : celui d'une réforme successive et partielle, bornée aux seuls articles reconnus défectueux; celui d'un remaniement intégral. Un mémoire, exposant les avantages et inconvénients de chaque système, rédigé en commun par le comte Speransky et le ministre de la justice, conseiller privé actuel, Daschkoff, fut adressé à l'empereur. Sa Majesté se prononça pour le second, en ajoutant « que la réforme devait commencer par les lois pénales dont les imperfections sont palpables. »

La destinée ne réservait point à ces deux hommes d'État l'accomplissement de cette réforme. La mort les enleva bientôt l'un et l'autre à un intervalle assez rapproché; leur laborieuse succes-

[1] *V.* ci-dessus, p. 245.

cession fut dévolue au nouveau dirigeant en chef de la commission législative [1].

b. *Travaux préliminaires.*

Le nouveau rédacteur procéda d'une manière qui semble ne manquer ni de sagacité ni d'originalité. Abandonnant les errements reçus, il ne débuta pas par un projet *ex professo*, mais par la systématisation des matériaux et un plan d'ensemble. Au premier ordre de travaux appartiennent :

1. La collection et coordination de toutes les dispositions législatives statuant une pénalité quelconque. Il avait fallu, pour rendre ce travail complet, non-seulement aller les puiser dans les quinze volumes du Digeste, mais encore dans une infinité de lois et règlements non encore svodifiés.

2. L'historique du droit pénal. On chercha à utiliser les projets restés à l'état de projet, lorsqu'ils contenaient des données utiles et applicables.

3. Un extrait systématique des observations faites dans le temps par le ministre de la justice sur le quinzième volume du Svod. On sait que ce volume contient les lois pénales.

4. Une étude comparative de presque toutes les législations pénales obligatoires, y compris les projets les plus récents.

Quant au plan général, ce ne fut rien autre qu'un tableau synoptique des délits et transgressions avec les pénalités en regard. En réalité ce tableau était le Code, non-seulement parce qu'il comprenait, moins la partie philosophique, tout ce qui en fait l'objet, mais en ce qu'il remédiait aux deux grands vices de la législation et de la rédaction actuelles, le manque de suite et les lacunes dans l'incrimination d'un côté, de l'autre le manque de concordance entre le délit et la peine, et surtout l'absence d'une gradation rationnelle lors du passage d'une peine à une

[1] Cette expression n'est pas exacte. L'empereur régnant, s'étant chargé de la direction et de la surveillance supérieure des travaux, créa à cet effet une section à part dans sa chancellerie personnelle, en lui préposant un dirigeant en chef; l'ancienne chancellerie législative vint s'y fondre avec son personnel et ses archives. Cette correction faite, nous continuerons l'emploi d'une dénomination plus aisée et plus compréhensible.

autre. Il en résultait, par exemple, que l'incolonisation à perpétuité en Sibérie, peine capitale, était immédiatement suivie de la détention dans une maison de correction. D'ailleurs cette juxtaposition des peines et délits permet de vérifier plus facilement si tous les genres, espèces et degrés des peines qu'on propose d'adopter, concordent également soit avec les faits punissables, soit entre eux.

Ainsi armé, le rédacteur demanda la création d'un comité spécial siégeant en permanence [1], et se présenta devant lui avec son tableau synoptique et l'immense attirail justificatif.

Dans les conférences (on ne peut encore les qualifier de discussion), furent successivement jetées et élaborées les grandes bases du travail. A mesure qu'elles se dégageaient du vague, qu'elles prenaient un aspect plus positif et plus précis, le plan devenait de plus en plus détaillé; il finit par se formuler en articles.

c. *Questions préjudicielles.*

Arrivé à cette période des travaux, le rédacteur en chef aborda la partie la plus ardue de sa tâche, en saisissant le comité des questions préjudicielles dont la solution impliquait l'avenir du projet. Elles portaient sur la confection, le contenu, le plan, la pénalité. En voici les éléments.

I. *Confection.* La législation pénale en Russie n'étant au fond qu'un amas confus de dispositions isolées et hétérogènes, rendues à différentes époques sous l'influence d'une multiplicité de besoins et de circonstances coactives, et conservant, même après sa coordination systématique, le caractère primitif d'incohérence et de disparité, il en surgit naturellement la question : Ne serait-il pas plus avantageux de faire table rase d'un passé aussi difforme, et de créer d'un jet un code primesautier, sous la dictée

[1] Ce comité se composait du dirigeant en chef la chancellerie législative, rédacteur principal du projet, comte Blondoff; du ministre de la justice, comte Panine; de deux sénateurs (Balougiansky et Deshayes) et d'autant de procureurs généraux près les départements criminels du sénat. Le royaume de Pologne, auquel le nouveau Code devait être rendu commun, y concourait par l'organe du ministre secrétaire d'État et du conseiller d'État actuel Hube, membre de la commission législative pour ledit royaume.

de principes purement théoriques? Les précédents à l'appui ne manquaient pas. A l'exemple des codificateurs modernes on pouvait, ou suivre les données abstraites de la théorie et faire un code spéculatif (Autriche, Bavière, Wurtemberg, Saxe, Hesse-Darmstadt, Hanovre, Brunswick, Bade et Prusse), ou faire son choix dans la riche collection des codes obligatoires pour calquer dessus le projet (Deux-Siciles, Sardaigne, Grèce). Dégagé de la nécessité de faire concorder la disposition nouvelle avec la disposition maintenue, cette source inévitable de collision et parfois de contradictions, le rédacteur donnerait à son œuvre tout le degré de plénitude, de cohésion et d'homogénéité désirables. Mais, d'un autre côté, l'expérience s'est prononcée hautement contre les codes théoriques; peu maniables dans l'application, ils se sont montrés non-seulement impuissants à sauvegarder l'ordre social, mais encore odieux et vexatoires en violentant les traditions et habitudes nationales. Ces inconvénients ne pourraient que devenir plus sensibles et plus pernicieux en Russie; aussi, sans beaucoup d'hésitation, on se prononça pour le système de perfectionner la législation obligatoire, moyennant les trois procédés qui suivent : 1. Faire concorder les divergences en les refondant d'après un principe uniforme et un esprit d'ensemble; 2. éliminer les expressions vagues, incorrectes, inexactes; abroger les dispositions incompatibles avec l'actualité; 3. ajouter les dispositions complémentaires conformes aux exigences du temps ou indiquées par l'observation et la pratique. Grâce à cette méthode, le projet a su s'approprier tous les avantages d'un code *à priori* sans se heurter contre les écueils. « Notre projet, dit en se résumant son auteur, est ce qu'il devait être. Il n'est qu'un recueil; les lois qu'il contient sont débarrassées de leurs incohérences et contradictions, exposées avec ordre et clarté, amendées, fréquemment complétées; et pourtant, dans leur ensemble et leur esprit, elles n'en sont pas moins restées nos anciennes lois pénales. Il tient le milieu entre un svod et un code philosophique; et, sans aspirer à lui voir décerner le titre d'un *svod perfectionné*, tous nos efforts ont tendu à ce que cette œuvre, sortie des sources de notre droit national, portant l'empreinte de son origine historique, et cependant amendée dans

ses défectuosités, complétée dans ses lacunes et mise en harmonie avec l'état actuel des mœurs et des idées, comme aussi avec les progrès de la science, nous assurât les avantages combinés d'un svod et d'un code absolument nouveau. »

II. *Contenu.* Frappé des inconvénients qui ont résulté du système adopté par le Svod de ne faire entrer dans le Code criminel que les délits, en espaçant les infractions moins graves parmi les autres parties du Svod, juge compétent, comme ayant géré le portefeuille de la justice, des embarras et complications que rencontrait la pratique judiciaire dans l'application de lois éparses dans un si vaste répertoire ou éparpillées dans des ordonnances non encore svodifiées, l'auteur conçut l'idée, qu'on nous pardonne l'emploi pour la dernière fois de ce terme, d'une *pasinomie* pénale, de manière que, sauf les délits militaires et ecclésiastiques, tous les faits punissables de quelque nature, espèce et dénomination que ce soit, ainsi que toutes les répressions, entrassent dans le cadre de l'œuvre projetée. Sans doute c'est une grande et belle pensée. Quel frein pour l'arbitraire! quelle sauvegarde pour les citoyens! Désormais la plus mince répression, une amende de 50 cop., ne pourra être prononcée sans l'appui d'un texte justificatif; et ce texte, il faut qu'il soit là, dans ce grand livre de la vindicte publique, et non ailleurs. Et ce n'est pas tout : quelle commodité, quelle sûreté dans l'application, quelle garantie contre les chances d'erreur, si l'avenir, ce qui ne peut tarder, force à des innovations et réformes!

Sous l'empire de cette pensée dominante, on a réuni et inséré dans le projet, suivant la distribution des actes punissables, toutes les infractions graves et légères afférentes à l'intitulé, en adoptant d'ailleurs la méthode d'agencer chaque titre, chapitre, section, de manière à exposer en premier lieu les délits entraînant les peines plus graves, et descendant successivement l'échelle de la pénalité. La loi organique et de procédure qui va compléter le projet déterminera la compétence, en précisant les autorités judiciaires, de police et autres, collégiales ou individuelles, chargées de l'application.

Telles sont les considérations qui ont déterminé le contenu du projet, en lui donnant cette apparence insolite et ces dimensions

colossales. Sans doute, au premier aspect, il ne peut que surprendre, choquer peut-être les idées généralement adoptées sur ce qui doit former le contexte d'un Code pénal. Mais ces objections ne sont pas sérieuses; le volume est un peu lourd, un peu gros; eh bien! on le dédoublera. Il contient deux mille et quelques centaines d'articles, chose inouïe dans les fastes de la codification criminelle; mais le Code civil en contient autant et personne ne trouve à y redire; d'ailleurs c'est un peu le reproche que pourrait faire le Soudebnik d'Ivan avec ses vingt ou trente articles pour tout bagage criminel, à la vue du Code pénal français. Mais le principe de l'universalisation est-il rationnel en soi, est-il avantageux pour la pratique? voilà ce qu'il faudrait combattre avant de s'en prendre à l'apparence extérieure. On concevrait encore une certaine résistance du point de vue russe. Ainsi, les délits fiscaux disparaîtraient du Code, qu'il n'en serait pas moins complet pour les parties, mues par les rouages de l'autorité judiciaire. Mais en France, où aucune répression ne peut être prononcée que par les tribunaux, où toutes les compétences plient devant les organes réguliers de la justice du pays, nous ne voyons pas une seule raison contre l'universalisation dans un code unique de toutes les modalités d'incrimination. Si les fraudes en matière de douane, octrois, boissons, tabac, sel, entraînent des peines, si ces peines ne peuvent être statuées que par l'autorité qui demain jugera le vol, l'escroquerie, en vérité nous ne voyons entre ces deux ordres de faits punissables qu'une seule différence purement accidentelle : c'est que les uns sont codifiés et les autres ne le sont pas.

III. *Plan.* Aucune œuvre d'ensemble ne pouvant se passer d'unité, d'ordre, de méthode, tout codificateur commence et doit commencer par jeter la charpente de l'édifice. Si jusqu'à ce moment on n'est pas parvenu à un tracé immuable, à un arrangement type, c'est qu'on n'y parviendra jamais. La question restera toujours pendante, l'arène éternellement débattable. Mais le rédacteur russe, assez sage pour ne pas viser au beau idéal et courir après des plans d'une savante symétrie, trouva son plan tout fait dans la solide structure du grand Svod de l'empire. Le Code pénal, en Russie, n'est pas un code détaché, fragmentaire;

c'est la partie d'un tout et en même temps la sanction de ce tout. Placé à la fin de cette série de codes qu'ouvrent les lois fondamentales, formant le quinzième et dernier volume du Svod, il est comme une sentinelle vigilante défendant l'intégrité des droits de l'État, de la société, des particuliers, droits que les quatorze volumes précédents ont définis et constatés. De cette donnée fondamentale à l'économie intérieure du plan il n'y avait plus qu'un pas : c'est de suivre l'ordre des matières adopté par le Svod, et de classer, d'enter, pour ainsi dire, les incriminations et pénalités sur cette distribution.

L'idée mère qui a présidé au plan du Svod général est d'une grande simplicité; elle repose sur la division du Svod en trois grandes parties analogues aux trois grandes divisions des lois, en organiques, réglementaires et civiles. A la première catégorie répondent les volumes de I à VIII, contenant les lois fondamentales, les statuts organiques généraux et locaux, le Code des prestations, y compris le service militaire, les lois financières. Les volumes XI, XII, XIII, XIV correspondent à la deuxième catégorie, et comprennent les règlements sur le crédit, le commerce, l'industrie, l'administration municipale et rurale, les bâtiments civils, les incendies, l'approvisionnement, la curatelle des indigents, la salubrité, les passeports, les prisons, le Code préventif. La troisième catégorie, celle qui règle les rapports des citoyens vis-à-vis du pouvoir et des citoyens entre eux, est comprise dans les volumes IX et X, sur les conditions des personnes, sur la famille et la propriété.

C'est sur ce fond, supportant déjà l'imposant édifice du Svod, et non sur la création éphémère d'un système improvisé, que le rédacteur fit asseoir l'économie intérieure de son plan. Les matières devaient se suivre dans l'ordre des matières du Svod, et en constituer la sanction. Ainsi prit naissance la division définitive en douze titres, répartissant tout le contenu du projet dans l'ordre suivant :

I. Attentats à la religion.

II. Crimes d'État.

III. Résistance aux autorités instituées.

IV. Forfaiture des fonctionnaires.

V. Délits et transgressions contre les règlements sur les prestations et le service militaire.

VI. Délits et transgressions contre l'avoir et les revenus de l'État.

VII. Délits et transgressions contre l'ordre public et le bien-être général.

VIII. Délits et transgressions contre les lois sur l'état des personnes.

IX. Délits et transgressions contre la vie, la santé, l'honneur et la liberté individuels.

X. Délits contre les lois constitutives de la famille.

XI. Délits et transgressions contre la propriété.

Restait à décider quelles bases seront adoptées pour la composition du titre I, cette partie générale et philosophique du Code, ce corps de doctrine qui doit s'infuser dans l'œuvre, la pénétrer et diriger l'application au milieu de l'immense variété des cas et des circonstances modificatives. Nous renvoyons au texte pour en connaître le contenu : le rédacteur a soin d'expliquer qu'il n'a pas jugé opportun de suivre l'exemple des Codes modernes, qui ont banni les définitions de l'intention, de la tentative, du commencement d'exécution, de divers degrés de coopération. Le moment n'est pas venu où on pourra se passer de notions théoriques et de règles doctrinales. « Nos juges, dit l'auteur, ceux surtout qui, en vertu de l'élection, exercent des fonctions temporaires, n'arrivent pas à leur siége avec le degré de culture propre à discerner toutes les nuances dans l'application; il leur faut un guide : ce guide, ils le trouveront dans les notions théoriques, surabondantes pour les pays plus avancés en lumières. »

IV. *Pénalité.* Le système des incriminations une fois établi, arrive la seconde partie de la tâche : il faut distribuer les peines, il faut dans cette opération proportionner chacune à la culpabilité; après quoi il faut les unir, les rattacher par une habile concaténation ascendante et descendante, sans brusque secousse, sans solution de continuité. Cette dernière tendance donna naissance à l'*échelle des pénalités*, chef-d'œuvre du projet.

Mais pour atteindre ce double but, il faut une grande variété dans les modes de répression. A cet égard, le système obliga-

toire présentait de grandes lacunes. Ainsi la même peine (incorporation dans les compagnies disciplinaires des détenus) servait de commutation et à l'incolonisation en Sibérie (peine capitale), et à l'emprisonnement dans une maison de travail (peine correctionnelle). Ainsi, la transition des peines capitales à celles correctionnelles, loin de ménager la graduation qui existe entre les délits, est séparée par un abîme. La peine qui clôt la série des premières est l'incolonisation; celle qui est en tête de la seconde est la détention de quelques mois dans une maison de travail. Or, l'incolonisation entraîne la mort civile et politique, et la détention n'amène presque aucun trouble dans la jouissance des droits.

A l'effet d'écarter et cet inconvénient et différents autres, signalés avec force dans le mémoire que nous reproduisons, le rédacteur adopta deux principes : déterminer avec exactitude la nature de chaque peine et la corrélation de son afflictivité à l'égard des autres; établir dans chaque genre de répression plusieurs degrés, et dans chaque degré des gradations et modifications, afin d'avoir dans l'application toute la latitude désirable pour aggraver ou atténuer selon l'infinie variété des circonstances influençant la criminalité de l'acte, et une transition presque insensible à la peine subséquente.

Toutes les difficultés principales se trouvant ainsi résolues ou écartées, l'échelle des pénalités fut dressée sur les bases suivantes :

1. Toutes les peines sans exception, d'après leur destination et leur essence, ne peuvent appartenir qu'à une des deux grandes catégories ci-dessous : ou elles retranchent à jamais le condamné de la société, et tout en lui aumônant la vie, le dépouillent de l'existence civile et politique : elles sont *capitales* [1]; ou bien elles n'enlèvent point au condamné la faculté de reprendre en tout ou en partie son ancienne position sociale, et dès lors lui ouvrent la possibilité de l'amendement, et peuvent être, sous ce rapport, qualifiées de *correctionnelles*.

2. La distinction entre les classes *privilégiées* (affranchies du

[1] Le texte porte *ougolovnija*, mot à mot *capitales*, et nous croyons pouvoir adopter ce terme; car de fait elles brisent l'existence sociale et civile du condamné.

châtiment corporel) et celles qui ne le sont pas, saturant pour ainsi dire tout le système de pénalité, il fallait adapter l'échelle à cette donnée fondamentale.

3. Chaque peine (ainsi que nous l'avons déjà fait observer) est subdivisée en plusieurs degrés, chaque degré en gradations.

4. Dans la confection de l'échelle, on a visé beaucoup moins à l'invention qu'à l'emploi plus systématique et rationnel des pénalités existantes, en les disposant dans leur ordre naturel et approportionnant, aussi rigoureusement que possible, aux incriminations.

Ainsi l'échelle des pénalités est double :

Pour les classes privilégiées.	*Pour les classes non privilégiées.*
A. Peines capitales.	
1. Mort.	1 Même peine.
2. Travaux forcés [1].	2. Même peine que ci-contre, avec aggravation du fouet et de la marque.
3. Incolonisation en Sibérie.	3. Même peine que ci-contre, avec aggravation du fouet.
4. Incolonisation au delà du Caucase.	4. Même peine que ci-contre.
B. Peines correctionnelles.	
1. Exil local temporaire en Sibérie.	1. Incorporation temporaire dans les compagnies de discipline.
2. Exil local ailleurs qu'en Sibérie.	2. Détention dans une maison de travail.
3. Emprisonnement dans une forteresse.	3. Même peine que ci-contre.
4. Détention dans une maison de correction.	4. Même peine que ci-contre.
5. Emprisonnement dans une maison de contrainte.	5. Même peine que ci-contre.
6. Arrêts à court terme.	6. Même peine que ci-contre.
7. Réprimande en justice et amendes.	7. Même peine que ci-contre.

Avec les différentes variétés dans l'application, les divisions et gradations, il se trouve que le législateur russe dispose de quarante et un modes de répression, arsenal assez riche pour satisfaire aux plus minutieuses exigences de l'incrimination. Son prédécesseur n'en avait que dix-neuf; encore faut-il en retrancher, au nombre de neuf, les différentes espèces de travaux correctionnels,

[1] Quant aux modalités des travaux forcés, eu égard au *lieu* et à la *durée*, nous renvoyons au texte. Ici on se borne à une simple spécification des *genres*.

ainsi que la privation totale ou partielle des droits de condition : c'est le complément de la peine, et non une peine *per se* (Svod, XV, art. 20, 34). Qu'on juge d'un système pénal dépouillé, ou plutôt non garni de ses rouages, forcé cependant de fonctionner dans un état de société toujours progressif. Avoir fait disparaître cette énormité, n'est-ce pas déjà un immense bienfait de la nouvelle législation?

Arrêtons-nous maintenant aux effets. Il n'y a presque pas de peine qui ne fût composée de deux éléments afflictifs. Le premier frappe immédiatement après la condamnation : c'est la partie matérielle; l'autre, survivant à la matérialité, accompagnant parfois le condamné jusqu'à la tombe, modifie sa position sociale en le privant des droits et priviléges dont il jouissait. Sous ce rapport, les peines se décomposent en trois catégories : les unes sont privatives de tous droits de condition, en d'autres termes le condamné est dépouillé de tous ses droits politiques, civils, et même des droits de famille. Il cesse d'en être membre, son mariage est dissous, sa fortune passe aux héritiers; bref, politiquement et civilement, il est mort.

Les peines de la seconde catégorie privent des droits et priviléges particuliers compétant au condamné, d'après la condition à laquelle il appartient, ou bien de certains droits et priviléges spéciaux. Cette combinaison est fort habile; ajoutons qu'elle était indispensable. Ainsi, sous l'empire du Svod, un noble, pour vol même minime, était puni de l'incolonisation; or les effets de l'incolonisation entraînaient la privation de TOUS droits de condition, juste comme la déportation aux travaux forcés; le roturier, pour le même délit, était passible d'une légère fustigation ou d'une courte détention. Désormais cette disproportion cesse : le noble perdra son rang, ses titres, sa qualité, tous ses droits *politiques*, car il a forfait à l'honneur; mais il reste époux, père de famille, il garde sa fortune.

Les peines de la troisième catégorie ne sont pas, à strictement parler, privatives; elles n'enlèvent rien, mais frappent pour l'avenir de certaines interdictions, comme par exemple d'être électeur et éligible.

Le lecteur attentif, en parcourant les deux colonnes de l'é-

chelle, s'est déjà demandé pourquoi, dans les peines capitales, applicables identiquement pour le même délit, le roturier doit subir une aggravation dont on affranchit le noble. Précisément pour rétablir l'équilibre. Le législateur a pensé qu'entre le noble et l'homme du peuple condamnés aux travaux forcés avec privation de tous droits de condition, il n'y avait pas parité de position. D'abord, ces travaux mêmes sont bien plus pénibles pour l'homme qui a toujours appartenu à une société élevée que pour des bras voués dès l'enfance à de durs labeurs. Ensuite la privation de tous droits de condition, formule illusoire pour ce dernier, enlève au premier toute sa position politique, civile, sociale, et souvent l'opulence.

Pour compléter cette énumération, ajoutons qu'il y a des peines additionnelles : l'expiation religieuse, la confiscation, la publicité, le bannissement, la surveillance, la sollicitation du pardon de l'offense. Arrêtons-nous à cette dernière. Peut-être le rédacteur aurait pu la laisser sommeiller dans le coin obscur du Svod où elle était reléguée [1]; peut-être le comité de révision aurait pu ne pas l'aggraver en ajoutant que l'impétration du pardon aura lieu de la manière et *d'après la formule* prescrite par le juge. Cette espèce d'amende honorable, vestige d'un ordre social expiré, où l'on prétend forcer le condamné à demander pardon à la justice et à l'outragé du scandale et de l'injure, n'est au fond qu'une contrainte ou grimace également condamnable. Cette observation a été faite : la nôtre vise plus haut. Le conseil de l'empire, appuyé de toute l'autorité de l'auteur du Svod, proposait d'admettre, comme accessoire de certaines peines, le carcan ou l'exposition. Le rédacteur du projet s'y refusa, à notre avis avec raison et sagacité. Ce n'est pas que le motif qui l'a déterminé (l'infamie rejaillissant sur la famille) nous parût assez concluant; mais l'exposition est de tous les châtiments le moins appréciable : il frappe en aveugle, il frappe en raison inverse. Le scélérat endurci domine et écrase la foule qui l'entoure; mais que dire de l'homme chez qui tout sentiment de délicatesse n'est pas mort au moment où on l'attache au poteau fatal? Dans cette

[1] Art. 475, t. XV.

heure de mortelle angoisse, toute une révolution a dû s'opérer en lui : l'homme qui montait était capable de repentir et d'amendement, peut-être même sa nature morale était restée pure à côté du forfait; l'homme qui descend rompt avec la société, il lui déclare guerre à outrance : *incendium meum ruinâ extinguam.* Eh bien! qu'on l'examine de près, l'amende honorable n'est-elle pas une exposition au petit pied? L'outragé a la faculté de se faire demander pardon avec un certain appareil et entourage; la loi lui accorde expressément la faculté d'amener des amis, et comme elle n'en détermine pas le chiffre, il peut amener un public. Ailleurs, la réparation s'effectue en présence de la commune réunie (art. 316). Toutes les sensations que nous venons de décrire, bien qu'atténuées, ne se retrouvent-elles point dans cette exhibition, qu'un lâche seul peut subir? Et qu'en résulte-t-il en définitive? une haine implacable, germe de quelque crime!

d. *Formation du projet et sa révision.*

C'est ainsi que la rédaction du projet parvint à sa maturité, non dans le silence du cabinet, mais au milieu du choc des opinions contradictoires et sur le terrain même du combat. Indépendamment de la discussion au sein du comité susmentionné, toutes les parties afférentes à des ministères et administrations distinctes furent soumises à leur contrôle; et ce qui est encore digne de remarque, l'exposé des motifs marchait côte à côte avec la rédaction. Ici encore le rédacteur adopta la méthode synoptique. En regard de chaque article du projet, il mentionnait si cet article est conforme à la législation obligatoire, ou s'il lui déroge. Tant qu'on maintenait, la justification était inutile, sauf le cas où l'article conservé choquait les notions générales du droit : en ce cas, le rédacteur était tenu à motiver les raisons qui s'opposaient à l'abrogation. Mais si on innovait, la justification devait porter sur les inconvénients de la loi actuelle, l'urgence et l'avantage de la réforme; si c'était une disposition nouvelle, complémentaire, provoquée par une lacune dans la loi obligatoire, on devait constater comment la pratique et la jurisprudence y suppléaient.

On le voit, texte et motifs n'ont pas suivi, pour voir le jour, le sentier battu, la route royale des codifications; et cependant l'œuvre semble y avoir gagné en vigueur et surtout en aptitude à fonctionner sur le terrain de l'application. A prendre un des codes modernes, couvés par la science, on est souvent longtemps à se demander : est-ce un manuel? est-ce un code? Ouvrez le Code de Russie : chaque page porte l'empreinte d'un grand acte législatif.

L'auteur termine son exposé en nous initiant à certaines règles de rédaction qui lui ont servi de guide. Il n'admet les définitions que lorsqu'elles sont sacramentelles, c'est-à-dire impératives; il adopte une terminologie uniforme, et proscrit l'emploi de la même expression dans des significations différentes; enfin il bannit la technicité et se propose de parler la langue usuelle épurée. Il n'y a rien à dire sur les deux premières, la science ne demandait jamais autre chose [1]. Il y aurait beaucoup à dire sur la dernière; mais, comme cette règle est autant le résultat de la nécessité, le russe n'ayant pas de vocabulaire technique assez riche pour en former un idiome à part, que d'un système préconçu, tendant à populariser la législation (tendance qui, appliquée à la législation pénale, à moins d'être illusoire, ce que la pratique va démontrer, l'emporte sur toute considération scientifique), comme d'ailleurs, théoriquement, la question est épuisée [2], passons outre.

§ 4. — Code pénal.

Restait la dernière phase, la révision par le conseil de l'empire. Adopté par ce grand corps, après une double discussion en comité et en assemblée générale, le projet, enrichi de notables améliorations, fut porté à la sanction de Sa Majesté. On connaît la participation personnelle de l'empereur à l'œuvre; elle était double : l'initiative et le concours. Comme initiative, il ne voulut pas d'un code nouveau, malgré que tout semblait le solliciter; il voulut son Svod, mais remanié, instauré, perfectionné.

[1] *Revue étrangère*, t. VI, p. 825, 830.
[2] *Eodem*, p. 900.

« Améliorez sans innover, » tel était son dernier mot. Quant au concours, l'empereur avait suivi la lente élaboration de l'œuvre, il en connaissait les éléments constitutifs, les difficultés préjudicielles; il n'ignorait ni les lacunes du passé ni les exigences du présent, chaque phase du travail avait passé sous ses yeux, obtenu son approbation. La sanction était donc donnée d'avance; en voici les termes :

Manifeste de S. M. l'empereur de Russie.

« Dès notre avénement au trône de nos ancêtres, nos vœux et notre sollicitude se sont portés sur la législation de notre empire. Il était urgent d'y introduire l'ordre et la clarté, en commençant par les lois qui garantissent la sécurité et les droits de nos bien-aimés sujets. Ce résultat, avec l'assistance du Tout-Puissant, est déjà presque obtenu; toutes les dispositions législatives, à partir du Code d'Alexis Michailowitch, ont été d'abord recueillies et ensuite, d'après nos indications, coordonnées en un *Svod*, qui, sous le titre de *Svod général de l'empire*, embrasse tout leur ensemble. Mais, en accomplissant cette tâche immense dont l'expérience a constaté les bienfaits, en faisant remanier sur un plan systématique tous les éléments de notre législation, nous n'avons nullement perdu de vue la nécessité de les perfectionner, soit par des amendements partiels propres à écarter les inconvénients signalés par la pratique, soit au moyen de codes comprenant dans toute leur plénitude les parties principales de la législation. Dirigé constamment par ce principe, et le mettant graduellement en voie d'exécution, nous avons jugé opportun d'aborder la révision des lois pénales, de ces lois dont une vigilante et vigoureuse application constitue le boulevard de la paix publique et de la sécurité des habitants. A cet effet, nous avons chargé la deuxième section de notre chancellerie particulière de préparer le projet d'un *Code des peines capitales et correctionnelles*, sur les bases suivantes : qu'il soit en harmonie avec le système et le plan du Svod général de l'empire; que, sans jamais s'écarter des bases fondamentales de la législation nationale, il complète cependant les lois existantes, d'accord avec l'état social et les exigences des

mœurs ; que toutes les infractions, quelle que soit leur gravité, y soient spécifiées d'une manière plus précise et plus satisfaisante que ne le fait la rédaction actuelle, sans omettre leurs différentes modalités ainsi que les circonstances atténuantes et aggravantes ; enfin qu'il détermine pour chaque transgression une peine ou une répression analogue à sa nature et proportionnée à la culpabilité, de manière à interdire, autant que faire se peut, l'arbitraire dans les jugements, et à placer l'accusé uniquement sous l'action directe de la loi.

» Entrepris d'après ces règles, et continué sous notre direction et surveillance personnelle, ce travail, après une durée de quatre ans, vient d'être achevé. Discuté et amendé dans un comité spécial composé du ministre de la justice, de sénateurs et procureurs généraux, rectifié d'après les observations de tous les autres ministères et administrations centrales, il a été ensuite examiné par une commission prise dans le sein du conseil de l'empire, pour être en définitive porté devant l'assemblée générale de ce dernier.

» Ayant reconnu que le nouveau Code des peines capitales et correctionnelles, tel qu'il est sorti de la discussion du conseil de l'empire, répond à nos intentions et fait reposer l'administration de la justice pénale sur la base immuable du juste et du vrai, nous l'avons confirmé. Il sera transmis au sénat dirigeant, afin de pourvoir à sa promulgation de la même manière que cela s'est pratiqué pour le Code général de l'empire. Ordonnons en outre :

» Le présent Code aura force obligatoire à partir du 1er mai 1846. »

(Suivent deux dispositions réglant l'emplacement qu'occupera le Code dans l'économie du Svod général.)

Signé NICOLAS.

Peterhof, 15 août 1845.

Ainsi sanctionné, le *projet*, désormais *Code* pénal de l'empire de toutes les Russies, porte l'intitulé qui suit : « Code des peines capitales et correctionnelles. »

Nous avons sur cet intitulé deux observations à faire :

1. Le russe n'a pas d'adjectif correspondant exactement au

mot *pénal.* Reconnaissant que celui de *ougolovnyi* (criminel, capital), dont son prédécesseur avait caractérisé le quinzième volume du Svod, était incorrect et restrictif, mais ne trouvant rien de parfaitement analogue à l'épithète qu'on cherchait, le rédacteur du projet a dû céder devant l'exigence; il adopta la formule du substantif, il fut clair et complet.

2. Il le fut trop peut-être, il donna une énumération. Il ne se borna point à dire *Code des peines*, il ajouta : capitales et correctionnelles. Une énumération, lorsqu'elle spécifie tout, désigne tout, embrasse tout, est inutile; elle est surtout dangereuse. L'esprit s'ingénie à trouver quel est le genre, espèce, modalité ou nuance laissée en dehors. Le public administratif et judiciaire sait qu'il existait, même sous l'empire du Svod, une troisième catégorie de pénalités, les peines de police; il sait, il est vrai, que dorénavant il n'y a plus que deux catégories, que la gigantesque nomenclature du projet n'a rien laissé en dehors; il le sait, mais il a la faculté d'induction et se demande le pourquoi.

§ 5. — Appréciation.

Un mot, un aspect. Laissons l'initiative de la critique aux maîtres, attendons aussi le prononcé de la savante Allemagne.

Dans toute œuvre d'ensemble, tel sec et aride qu'en soit le sujet, il y a toujours un côté artistique. Dieu a voulu que l'homme, dans l'âme duquel il avait allumé le culte du beau, puisse encore trouver, en dehors des créations de la fantaisie, de quoi satisfaire à ces aspirations. Nous n'entendons pas la symétrie et la régularité dans la structure, nous parlons du fond. Or, dans un Code pénal, où est le côté artistique? Il n'est pas dans la partie philosophique. C'est un corps de doctrines, élaboré par les grands jurisconsultes du XVI[e] siècle avec une si minutieuse perfection, adapté par une longue pratique aux besoins de la vie sociale avec une telle sagacité, en un mot tellement mûr et parachevé, que le jeu du législateur se borne à un arrangement habile et rationnel. Il n'est pas dans l'échelle de la pénalité : on peut la rendre divisible à l'infini; le forfait le plus atroce, le dé-

lit le plus minime, y trouveront une répression efficace et proportionnée. Bien plus, tout le mérite de l'ouvrage peut en dépendre; mais le coup d'œil de l'homme d'État, secondé par le discernement de l'arrangeur, suffit à cette partie de la tâche. Ce n'est pas dans la distribution des peines, c'est-à-dire dans l'opération qui vient attacher à chaque action la somme de répression corollaire de la culpabilité, tenant compte de chaque nuance, de chaque circonstance aggravante ou atténuante, retranchant, ajoutant avec une précision mathématique et une inflexible balance, élément grave et vital, mais arrivant déjà au second rang. Quel est donc celui qui prime, alors qu'on entreprend de fondre un système pénal? On l'a dit, c'est l'incrimination. Là est le problème que doit résoudre le législateur; toute la grandeur de sa tâche est là. Jeté sans boussole, sans règle fixe, sur un océan de conjectures, le législateur est appelé à juger et apprécier la moralité des faits, à poser les différents degrés de leur criminalité, à rechercher et analyser les nuances qui les séparent, à déterminer la valeur des analogies, à faire la part des accessoires, de la récidive, par exemple : bref, à établir un système complet et solide avec des données hypothétiques.

A notre avis, le système d'incrimination adopté par le projet en est tout à la fois et le triomphe et l'écueil. Quelle richesse dans l'énumération des actions qu'il veut punir, et quelle surabondance! quelle prévoyance soigneuse, quel don d'intuition, pour ne pas laisser échapper une nuance! et que de redites, de géminations! quel zèle à ravir au juge toutes les circonstances modificatives du fait, à poursuivre et consolider cette idée pendant tout le Code, et que de superfétation dans les garanties! quelle foule de dispositions qui ailleurs n'obtiennent pas même l'honneur de figurer dans un règlement ou circulaire de maire de commune, tant elles semblent naturelles, tant elles marchent facilement d'elles-mêmes! quelle tendance ferme, persévérante, immuable, à rendre impossible l'arbitraire, mais aussi, et surtout dans cette partie, quel luxe de dispositifs surérogatoires! Bornons-nous à un exemple.

Le titre V est consacré en totalité à la forfaiture et à la discipline des fonctionnaires : il est virtuellement divisé en deux parties. La

partie générale comprend tous les délits et tous les manquements, en d'autres termes la forfaiture et discipline (358-455). La partie spéciale est consacrée particulièrement aux délits que peuvent commettre certains fonctionnaires, tels que les employés de l'ordre judiciaire, employés à la délimitation normale, employés de police, notaires et fonctionnaires instrumentants, trésoriers et dépositaires de l'État, préposés aux entreprises et fournitures soumissionnées envers l'État (455-533).

Voilà donc à peu près deux cents articles consacrés à un sujet des plus graves et des plus importants sans aucun doute, mais après tout susceptible d'être synthétisé en un nombre beaucoup plus condensé. On croit le sujet épuisé; aucunement, il n'est qu'effleuré. Le législateur y revient une dizaine de fois, et le complète par la spécialisation de chaque branche du service. Ainsi il traite des quarantaines : aussitôt trois articles pour les délits dont les employés aux quarantaines peuvent se rendre passibles (1023-1026); il traite du recrutement, et détermine les délits tout spéciaux auxquels peut se laisser entraîner le conseil de révision (568-575). Il en est de même dans les chapitres du faux en monnaie et timbre (602, 603, 611, 615-621); des divers revenus et droits régaliens de l'État, à savoir : sel (686-697); octroi (761-774); tabac (798); douanes (924-940); forêts (985-1006). Viennent encore les postes avec leur cortége de délits individuels à cette exploitation (1521-1537, 1541-1548, 1551, 1553, 1555, 1557, 1558, 1561-1563, 1566); les voies de communication (1511-1518); commerce et crédit (1571-1577, 1581, 1590). Nous en omettons plusieurs disséminés dans le corps de l'ouvrage, nous n'en donnons pas plus le total; ce sont des puérilités qu'il faut réserver aux glaneurs et aux pédants. Nous pensons avoir administré la preuve que le système adopté par le législateur russe, et qui éclate dans toute sa force à chaque page de son œuvre, est précisément l'opposé de la généralisation et de la synthèse.

Ce qui est vrai pour un corps de doctrine l'est également quand on passe aux détails. Voici aux titres III et IV une infraction que le législateur a dû prévoir et régler : c'est la composition et distribution de libelles et effigies attentatoires soit au chef de l'É-

tat, soit à la maison impériale, soit aux autorités. Il l'a fait, mais en combien d'articles? 267, 270, 274, 296, 297, 305-308, qui tous fondus en un seul par une plume concise, mais largement prévoyante, embrasseraient toutes les nuances. Autre exemple : la contrebande à main armée et par attroupement emporte la peine capitale. Eh bien! généralisez le principe et placez-le au nombre de dispositions générales en tête de délits fiscaux. Point. Nous retrouvons la même disposition, avec le même caractéristique et une peine identique, contre les fraudeurs de diverses branches du revenu régalien. Dernière citation : l'insolvable est contraignable par corps. Cette contrainte cesse après un laps de temps déterminé, mais elle cesse plus tôt envers le repentant qui apporte l'aveu du délit qu'à l'égard du fraudeur endurci. Posez le principe; non; on préfère statuer des dispositions pour chaque espèce de fraude fiscale, et cependant de ces différentes dispositions, l'une n'est que la reproduction identique de l'autre.

Nous croyons pouvoir attribuer à ce procédé les dimensions actuelles du Code. La principale raison est sans doute dans l'opulence des incriminations, et surtout dans le soin, la supériorité de la rédaction nouvelle. Le Svod embrasse à peu près toutes les matières qui forment le contexte du Code, et il ne compte pas 900 articles. Si des études comparatives sur la manière de traiter certains sujets pouvaient ne pas être fastidieuses au lecteur, nous trouverions des choses surprenantes; mais à quoi bon cette démonstration, lorsqu'elle ressort de chaque page de la présente notice? Tout en mettant cette considération en première ligne, on ne saurait nier que la méthode spécialisatrice ne contribue pas peu aux proportions de l'œuvre.

Voilà l'objection. Le législateur l'avait prévue depuis longtemps : il veut, il veut de toutes ses forces, prévenir, détruire, extirper l'arbitraire. Il se défie du juge, de ses lumières, de son caractère peut-être; il veut donc tout prévoir, tout régler; il ne veut pas qu'une modification, qu'une nuance lui échappe; il fait donc descendre ses prévisions, ses prescriptions, jusqu'aux moindres circonstances.

Le Code de Russie n'a pas été le seul à adopter ce système; il

est précédé dans cette carrière par le Landrecht, qui a tenté de faire d'un code un catalogue avec la solution en regard, mais qui, par un brusque revirement, s'arrêta à mi-chemin et rétablit l'interprétation. Il est en outre précédé par le fameux Code philosophique Livingston.

Dans cette grande controverse nous pensons que la science doit s'abstenir. Depuis que Bacon, à la grande stupéfaction du monde moderne, prouva que la philosophie était la très-humble servante de l'homme et non l'homme son esclave, comme le voulaient Platon et la société antique, nous pensons que les codes, cette œuvre de l'homme d'État beaucoup plus que du jurisconsulte, ne sont pas ici-bas pour la plus grande gloire des systèmes et des méthodes, mais pour en faire les instruments de leurs tendances. C'est une question de convenances, d'opportunité; en Russie cette question est fortement saturée de l'élément local. Voici pourquoi nous estimons que dans cette conjoncture il n'y a qu'un juge, mais infaillible, c'est le temps. Si la pratique vient à l'appui du système, si elle en démontre l'excellence, si les arrêts sont conformes au vœu du législateur, si l'application est devenue aisée d'un côté, juste et précise de l'autre, nous ne dirons pas sans doute : « Peuples de l'Europe, refondez vos codes sur le patron de celui de Russie, » car il y a magistrature et magistrature; mais nous dirons : le législateur russe a deviné le moyen du succès [1].

[1] L'auteur de cet article, M. de This, conseiller d'État de S. M. l'empereur de Russie, procureur général au sénat de Varsovie, venait à peine d'en corriger les épreuves, lorsqu'il est mort à Paris (le 7 de ce mois), des suites d'une maladie de poitrine qui depuis longtemps ne laissait plus d'espoir à sa famille et à ses amis. M. de This, homme de premier ordre par l'intelligence comme par l'érudition, a enrichi ce recueil et l'ancienne *Revue de législation étrangère et française* d'un grand nombre de travaux importants, où l'on trouve constamment réunis la profondeur des vues d'ensemble, la finesse des aperçus de détail, et enfin l'éclat et la richesse du style. On a surtout remarqué et apprécié sa *Notice historique et critique sur le Digeste de l'empire russe* (*Revue étrangère et française*, t. II, p. 385 et 513), et ses articles (intitulés *Code-Svod*) sur la même matière (*Ibid*, t. VIII, p. 499, 583 et 664). M. de This avait aussi traduit le Code civil de Russie. On peut voir dans le *Bulletin* du même tome VIII, p. 1005 et suiv., une notice, donnée par M. Fœlix, de tous les articles publiés dans cette collection par M. de This, qu'une excessive modestie a presque toujours empêché de mettre son nom à ses ouvrages.

(*Note des directeurs de la Revue.*)

De la manière de compter le temps requis pour prescrire.

Par M. HUREAUX, juge au tribunal civil de Charleville.

1. Au moment où s'élabore la révision du code hypothécaire, il n'est peut-être pas sans importance de rappeler l'attention sur une question célèbre, à laquelle on ne manquera sans doute pas de donner une solution législative.

La manière de compter le temps requis pour prescrire touche à des intérêts trop graves pour que la loi ne donne pas à cet égard des règles plus précises que celles qui existent. Ici, comme partout ailleurs, on sent le besoin d'une règle générale bien établie, autour de laquelle viendront se grouper les exceptions. Cette règle générale, quelle est-elle? C'est ce que nous allons rechercher, en mettant en regard les principaux arguments des deux théories qui se disputent le terrain.

MATIÈRES CIVILES.

§ 1er. — Du jour de l'échéance, ou *Dies ad quem*.

2. Le dernier jour du terme est toujours compris dans le temps requis pour prescrire. Ce point n'a jamais été controversé en France. A Rome, on le comptait également. Il est en effet positif que, lorsque la loi dit que telle chose sera faite ou ne sera pas faite dans le délai d'un mois, d'ici au, etc., elle entend bien évidemment accorder tous et chacun des jours qui composent le délai. Le dernier jour y est donc compris comme les autres. Cependant, les lois romaines faisaient une distinction dont le motif n'apparaît pas bien nettement à l'esprit, entre les usucapions et les actions temporaires[1]. Et tandis qu'on décidait que l'obligation subsistait jusqu'à l'entier accomplissement du dernier jour du terme, on suivait une règle contraire dans les usucapions. Il suf-

[1] L. 15, ff., *De divers. temporal. præscript.*, et L. 6, ff., *De obligat.*

fisait, dans cette dernière matière, que la possession eût atteint ne fût-ce qu'une faible partie du dernier jour, pour que ce jour fût considéré comme écoulé. On disait alors : *Dies inceptus pro completo habetur.*

Cette distinction, reproduite par Pothier (*Traité de la prescription*, n° 102), a été rejetée par le législateur de 1804. Aujourd'hui (art. 2261), la prescription n'est acquise qu'autant que le dernier jour du terme est accompli. Ainsi voilà le dernier jour définitivement réglé. La prescription ne sera acquise que le dernier jour du terme, au premier coup de l'heure qui commence le jour suivant [1], mais pas auparavant, quelque favorable que soit la matière qui donne lieu à la prescription.

Ce premier point entendu, passons à la question suivante, qui offre bien plus de difficulté.

§ 2. — Du *Dies à quo*.

3. Quel sera le dernier jour du terme? Il dépend évidemment du point de départ, et il y aura une grande différence, qui pourra entraîner les plus graves conséquences, suivant que l'on comptera dans le temps requis pour prescrire le jour dans lequel s'est passé l'acte qui donne lieu à la prescription, ou suivant qu'on l'en exclura. Si l'on compte comme entier le jour dans lequel s'est passé le fait qui doit faire courir le délai, le prescrivant va bénéficier d'une fraction de jour au préjudice de celui contre lequel il prescrit; si on l'exclut en entier, en le considérant comme un point laissé en dehors de l'espace à parcourir, celui contre lequel on prescrit va bénéficier, au préjudice du prescrivant, de la fraction de jour écoulée depuis la perpétration du fait qui donne lieu à la prescription. Dans l'une des opinions le délai ne sera pas complet, dans l'autre il sera plus que complet; en sorte que l'on est tenté de dire qu'il n'y a pas plus de raisons pour compter que pour rejeter le jour *à quo*. Que faire? compter *de momento ad momentum*? Ce serait sans doute la théorie la plus rationnelle; mais comment appliquer une pareille doctrine?... elle est

[1] Et non pas seulement après que l'heure aura sonné. « Le moment où je parle est déjà loin de moi, » a dit un critique célèbre.

impossible en pratique. Aussi le législateur l'a-t-il avec raison repoussée.

4. La solution logique une fois proscrite par la loi, on arrive naturellement à se demander si le jour *à quo* est compris dans le terme, ou bien s'il en est exclu.

Il y avait là de quoi exercer l'esprit subtil des docteurs ; aussi est-il peu de questions sur lesquelles les idées aient été et soient encore aujourd'hui plus divergentes. Le motif en est simple : cette matière échappe par sa nature même à la discussion ; on ne sait par quel côté la prendre. Toutes les fois que la solution d'un problème ne se rattache pas à des principes bien tranchés, on est certain de voir apparaître les controverses. Le seul moyen alors d'arrêter des discussions interminables est l'intervention du législateur, lorsque, comme ici, l'importance de la matière l'exige.

5. Cela posé, recherchons les textes du Code civil où nous pourrons trouver les éléments de décision..... Il est rationnel de penser que les articles 2260 et 2261 contiennent la règle générale, et ce par deux raisons.

La première, c'est que ces deux articles, qui n'en faisaient qu'un primitivement, forment la section du seul chapitre de nos lois où le législateur se soit occupé de la manière de compter le temps requis pour prescrire, et que cette section est intitulée ***Dispositions générales.***

La seconde, c'est que cela résulte du discours de Bigot-Préameneu, qui, chargé de présenter au Corps législatif les motifs du titre *des prescriptions*, s'exprimait ainsi :

« Après avoir exposé les causes qui empêchent la prescrip-
» tion....., il reste à vous rendre compte des règles relatives au
» temps requis pour prescrire. Et d'abord (art. 2260-2261), il
» faut examiner comment le temps doit se calculer, *de quel mo-*
» *ment* il commence, à quel jour il expire..... »

L'orateur s'occupe ensuite du jour de l'échéance, qui doit être complet dans tous les cas, suivant le Code civil, et il ne parle plus du jour *à quo*. Explicite à l'égard du premier, il laisse la question indécise à l'égard du second ; mais il ne résulte pas

moins de ses paroles que la règle générale se trouve dans les articles qu'il analyse. Il faut donc les interpréter, et pour cela remonter à leur origine.

6. Les articles 2260 et 2261 du Code civil sont tirés des lois 6 et 7 au Digeste, *De usurpationibus et usucapionibus*. Voici les deux textes mis en regard l'un de l'autre :

Ulpien.	*Code civil.*
In usucapionibus non à momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus.	La prescription se compte par jours et non par heures. Elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli.

Application.

Ideòque qui horâ sextâ diei kalendarum januariarum possidere cœpit, horâ sextâ noctis pridiè kalendas januarias implet usucapionem.

Loi romaine.	*Loi française.*
Voilà pourquoi celui qui a commencé à posséder le 1er janvier à midi, a acquis l'usucapion le 31 décembre à minuit, c'est-à-dire, dès qu'il a atteint la plus petite partie du dernier jour 31 décembre, qui, une fois commencé, est réputé accompli dans la matière qui nous occupe.	Voilà pourquoi celui qui a commencé à posséder le 1er janvier à midi, a acquis la prescription dès que le 31 décembre est entièrement accompli.

Rapprochez maintenant de ces textes la suite du discours de Bigot-Préameneu, qui ajoutait : « On a voulu proscrire la distinction qui existait en droit romain entre les prescriptions » libératoires et les prescriptions acquisitives, et voilà pourquoi » on a décidé que la prescription ne serait acquise qu'autant que » le dernier jour du terme serait accompli. »

Et concluez de là que la loi romaine, modifiée à l'égard du jour *ad quem* en matière d'usucapion, est restée intacte à l'égard du jour *à quo*. Or le jour *à quo* est compté dans l'exemple donné par Ulpien, qui n'en fait pas même une question ; donc le Code civil n'a pas entendu exclure les jours *à quo* comme un point à laisser en dehors de l'espace à parcourir. Au reste, il paraît constant que le jour *à quo* était compris dans le terme toutes les fois que l'on ne comptait pas *de momento ad momentum*. « Sci-

» licet, dit Pothier [1], computatis in numero dierum kalendis » ipsis, quamvis dies ille kalendarum quo quis loquitur jam » *cœptus sit*. »

7. Si les jurisconsultes romains se sont prononcés pour l'inclusion du jour *à quo*, ils avaient sans doute des motifs pour fonder leur décision. Avec un peu d'attention, il est facile de se rendre compte de la raison déterminante qui domine la matière. En général, la prescription ne court pas contre celui qui ne peut agir : *contra non valentem agere non currit præscriptio;* mais la prescription court contre celui qui peut agir, et à partir du moment où il peut agir. « Ea (temporalis exceptio) ex eo tempore op» ponatur ex quo possint actiones movere » (L. 30, Cod. *De jure dotium*). Or si nous appliquons ces principes, implicitement reproduits par plusieurs textes du Code civil, nous arrivons à cette conséquence inévitable, que le véritable maître peut agir en revendication le jour même où un étranger s'est mis indûment en possession de la chose, et que l'usurpateur ne pourra repousser l'action, ou obtenir congé de la demande, en alléguant que sa possession n'est utile qu'à compter du lendemain. C'est donc du moment même de la prise de possession que commence la prescription, et comme obstacle parallèle, le droit d'agir; mais, comme en matière de prescription la loi compte par jours et non par heures, le jour qui comprend le moment où on peut agir se trouve nécessairement compris dans le temps requis pour prescrire.

Par suite du même principe, nous déciderons que l'inscription hypothécaire donnant au créancier un rang utile à l'instant même de son apparition sur les registres du conservateur, la révolution du temps nécessaire pour sa péremption doit aussi comprendre le jour où elle a été faite. Ne serait-il pas contraire à la raison qu'une inscription produisît un effet utile pendant dix ans, y compris le jour *à quo*, et que cependant la péremption ne l'atteignît qu'après dix ans et un jour?

8. Le texte de la loi vient encore nous fournir les deux arguments suivants :

[1] *V.* Pandectes de Just., liv. 50, *De verborum significatione*, XXVI, et la note 2.

1° L'article 2261 veut l'accomplissement entier du dernier jour du terme ; il n'exige pas l'entier accomplissement du jour servant de point de départ. L'argument *à contrario sensu* vient donc à l'appui de notre thèse.

2° L'article 2261 réglant le jour de l'échéance, l'article 2260 ne peut se référer qu'au *dies à quo*. Or la loi décide qu'on ne doit compter que les jours, abstraction faite des heures ; elle veut donc que le jour de départ soit compté en entier, encore bien que le fait donnant lieu à la prescription n'occupe pas le jour entier. En effet, si en principe le jour *à quo* doit être exclu, à quoi bon dire que la prescription s'acquiert par jours et non par heures? Cette disposition n'aurait aucun sens, ou du moins il n'y aurait jamais matière à l'appliquer, puisque le jour qui suivrait le *dies à quo* serait, dans tous les cas, nécessairement entier. Et pourtant la loi a fait cette distinction! Dans quel but, si ce n'est pour indiquer qu'elle reconnaît une année civile comme les lois romaines, et que, par conséquent, elle entend comprendre le jour *à quo*, fût-il incomplet, comme devant être compté dans le temps requis pour prescrire.

9. Ajoutons à ce qui précède les considérations suivantes : si, en principe, le jour *à quo* est compté, tout devient clair, et les difficultés disparaissent pour faire place à une théorie plus sévère sans doute, mais au moins rationnelle. La règle ne souffrira d'exception que dans les cas prévus par la loi. Les articles 1033 du Code de procédure, 373 du Code d'instruction criminelle, et les autres textes dans lesquels la loi s'explique d'une manière catégorique, viendront alors fournir un argument de plus aux bases de la décision ; tandis que si on adopte l'opinion contraire, il faut retomber dans les subtilités de langage de Tiraqueau et des docteurs par lui cités. Il faudra alors reconnaître une foule d'exceptions là où il n'apparaît pas que la loi ait voulu excepter. Ainsi renaîtront les discussions de grammaire auxquelles notre langue résiste quelle que soit sa précision. D'un côté on dira : les expressions *du*, *de*, *à compter du*, *à partir du...*, sont exclusives ; elles ne sont que la traduction de ces mots : *à*, *abs*, *ab*, *absque*, *à die actûs*, que l'on considérait comme exclusifs. D'autres, au contraire, diront : Cela vous

plaît à dire, ces prépositions sont inclusives; car elles sont la traduction de ces autres expressions : *hinc*, *abhinc*, *ab actu*, *ex*, *ex tunc*, qui étaient inclusives; et puis on s'opposera mutuellement une foule de textes qui ne prouveront rien. Tous les arguments se croiseront et se rétorqueront par eux-mêmes. De là le vague toujours si fâcheux en matière de jurisprudence.

Ces vérités ont quelquefois été aperçues [1]; mais il faut pourtant l'avouer, l'équité, cette ennemie du droit, et le laisser-aller qui en résulte, les ont le plus souvent fait oublier, à tel point qu'il est vrai de dire aujourd'hui que les tendances de la jurisprudence sont favorables au système contraire. Et pourtant nos plus grands jurisconsultes ont toujours protesté contre cet envahissement de la routine et de l'usage; ils ne se rendaient qu'en grondant à ce qu'ils savaient être contraire aux principes du droit civil. Pourquoi alors les rédacteurs de nos Codes n'auraient-ils pas entendu ces plaintes, en consacrant le contraire d'une maxime qui sera toujours la source d'une multitude de procès? Si on examine avec attention nos recueils d'arrêts, on voit qu'il faudra autant de décisions judiciaires qu'il y a d'articles sur lesquels la question peut s'agiter.

10. Quelques mots maintenant en réponse aux principaux arguments de la thèse contraire. M. Troplong, d'accord avec Toullier, a cherché, dans une longue dissertation, à réfuter l'excellent travail de Merlin sur la question. Si nous mettons de côté, comme cela doit être, tous les noms propres et les arrêts cités par lui, nous voyons que ses raisons se réduisent aux suivantes :

11. Au moment de la rédaction de nos Codes, la règle généralement suivie était exclusive du jour *à quo*. Le Code civil ne contient sur notre question aucune disposition précise; donc les principes de l'ancienne jurisprudence doivent encore prévaloir aujourd'hui.

Nous pensons d'abord que l'usage invoqué par M. Troplong n'était pas aussi constant qu'il le prétend. Son opinion sur le point de départ de sa dissertation me paraît beaucoup trop absolue. Toute l'ancienne jurisprudence française sur la matière qui nous

[1] *V.* Bruxelles, 6 juillet 1833.

occupe doit, suivant nous, être ramenée à la proposition suivante : le jour *à quo* était ou n'était pas compté suivant les circonstances. C'est, du reste, ce que Tiraqueau lui-même, dont M. Troplong invoque l'autorité, nous apprend de la manière la plus positive.

En effet cet auteur, qui examine, aux n°s 17 à 61 de la glose 11, § 1, de son *Traité des retraits*, une foule de cas particuliers relatifs à cette question, et qui, suivant l'habitude des bartholistes, cite une multitude de docteurs à l'appui des deux règles : « Dies *à quo* computatur vel non computatur in termino, » s'exprime en ces termes (n° 45) :

« Ex quibus causis (ut id non intempestivè concludam ac de- » finiam) potes facilè intelligere totum id de quo tractamus ad » favorem vel odium negotii dirigendum, ut scilicet dies compu- » tetur termini vel non computetur, prout favor vel odium sua- » debit vel dissuadebit. » Ce qui signifie que l'une ou l'autre règle s'appliquera suivant que la matière sera ou ne sera pas favorable.

Voilà la véritable pensée de l'ancienne jurisprudence française, et l'examen des arrêts fait voir que cet état de choses s'est perpétué dans nos Codes. Il ne faut donc pas invoquer l'usage en faveur de l'exclusion, parce que l'usage ne peut être un argument qu'autant qu'il est invétéré dans les mœurs, ce qui est bien loin de se rencontrer ici.

Puis enfin, à supposer que la jurisprudence ancienne eût admis comme règle générale l'exclusion du jour *à quo*, il n'y aurait encore aucun argument décisif à tirer de cette circonstance, parce que les articles 2260 et 2261 du Code civil, rapprochés des textes romains où ils ont été puisés et des paroles de Bigot-Préameneu au corps législatif, font voir que les rédacteurs du Code ont remonté à la source et ont mis de côté la jurisprudence incertaine et vacillante des auteurs français.

12. Ce premier argument écarté, comme ne reposant au fond que sur une pétition de principes, on n'aperçoit réellement dans la dissertation de M. Troplong aucun motif plausible. Ainsi pas de réponse à cette raison capitale, à savoir que la prescription doit courir, et par conséquent que le temps doit être compté comme utile, à partir du moment où on peut agir.

M. Troplong est-il plus heureux lorsqu'au n° 313 de son ouvrage il prétend rétorquer l'argument invoqué par Merlin et exposé ci-dessus, n° 8? Il dit à cet égard que, si la loi dispose qu'il faut compter par jours et non par heures, c'est pour faire entendre que les heures du premier jour de la possession doivent être rejetées, et qu'on ne doit compter que du commencement du jour suivant. Mais la réponse est que, lorsque la loi fait courir un délai de tel jour, du jour d'un crime par exemple, elle ne peut vouloir dire par là que la prescription courra du lendemain. D'ailleurs, comme nous l'avons dit plus haut, l'article 2260 ne recevrait jamais d'application, et l'antithèse de l'article 2261 serait sans objet. Dans la théorie de M. Troplong, la loi se serait exprimée autrement; elle aurait dit que la prescription ne serait acquise qu'autant que les jours *à quo* et *ad quem* seraient complets.

13. Quant à sa discussion sur les prépositions exclusives, ses raisonnements pourraient avoir quelque valeur si la loi eût constamment pris les expressions *de*, *du*, *à partir de*, *à compter du*, etc., dans le sens qu'il indique; mais sa théorie est en défaut pour les articles 26, 502, 1153, 2134, 2135 du Code civil. Qu'il dise à cet égard que les articles indiquent seulement le commencement d'un droit ou d'un état de choses illimité, et non pas des points de départ pour des délais : cela est possible; mais il n'en résulte pas moins que les prépositions citées sont très-souvent prises par la loi dans un sens inclusif, et que, par conséquent, toutes ces subtilités de langage ne peuvent guère avoir d'influence sur le fond de la question.

14. D'après ces considérations, nous pensons donc que la règle générale pour le Code civil est : « *Dies à quo* computatur in termino, » et non pas : « *Dies à quo* non computatur in termino. » Disons maintenant quelques mots sur les matières criminelles.

MATIÈRES CRIMINELLES.

15. Si l'on adopte pour principe avec nous que le jour *à quo* est en général compris dans le temps requis pour prescrire, il n'y aura bien évidemment à faire aucune exception dans les ma-

tières criminelles. L'ancienne jurisprudence française paraît avoir subi des variations à cet égard. On se rappelle que Tiraqueau pose en principe que les règles : « *Dies à quo* non computatur in termino vel computatur in termino » s'appliquent suivant la nature favorable ou défavorable de l'affaire ; mais il ne faudrait pas conclure de là que ce sévère magistrat faisait rentrer la position d'un accusé dans les cas réputés favorables.

En effet, raisonnant dans l'hypothèse où l'on prendrait pour règle générale la maxime *Dies à quo computatur in termino*, il y fait une exception en ce qui touche les matières pénales :

« Limita tertiò, ut regula non procedat in pœnalibus et » odiosis; in his enim dies termini *non* computatur in ter- » mino, ut voluerunt (une foule de docteurs) subdubii tamen, » moti hàc ratione quod hujusce modi dispositiones sunt re- » stringendæ. »

A mesure que l'on se rapproche de nos Codes, on voit les idées se modifier à cet égard. C'est ainsi que Rousseau de Lacombe pose en principe, qu'on doit regarder comme favorable tout ce qui vient à la décharge du prévenu. C'est par suite de cette règle que le crime de faux dut se prescrire par vingt ans à compter du jour où il était commis, et non pas à compter du jour de sa découverte.

Enfin on lit dans les conclusions de Guillaume-François Joly de Fleury, rapportées au *Journal des audiences*, sous un arrêt du parlement du 12 mai 1711, ces paroles remarquables : « De » quel moment doit commencer la prescription en matière cri- » minelle ? On ne peut douter que ce ne soit du jour du crime » commis. C'est de ce jour que l'action criminelle est ouverte, » que l'accusateur a un droit contre l'accusé : c'est donc de ce » jour que la prescription pour se libérer de l'accusation com- » mence à courir. »

Voilà la véritable raison de décider (*V.* ci-dessus, n° 7). Il n'avait pas sans doute à examiner la question qui nous occupe ; mais on voit dans ces paroles la tendance à comprendre le jour *à quo* dans le temps requis pour prescrire ; car il est certain que le ministère public peut agir à l'instant même de la perpétration

du crime, et par conséquent dans le jour inclus de cette perpétration.

16. Les lois de la Révolution, peu favorables à la prescription en matière criminelle, au moins sous le rapport du point de départ, ne comptèrent le temps qu'à partir du jour où le délit était *connu ou* légalement constaté, et plus tard, sous le Code de brumaire an IV, *connu et* légalement constaté. Mais lors de la rédaction de nos Codes, le législateur, mettant de côté en matière criminelle, comme il avait déjà fait en matière civile, les derniers précédents, retourna à la loi romaine qui lui a servi de guide. L'article 637 du Code d'instruction criminelle est en effet tiré de la loi 29, ff., § 5, *Ad legem Juliam de adulteriis*, comme les articles 2260 et 2261 du Code civil sont tirés des lois 6 et 7 du titre *De usurpationibus et usucapionibus*. Ce rapprochement n'est pas sans importance; car nous savons que le jour *à quo* était toujours compté comme utile toutes les fois que l'on ne comptait pas *de momento ad momentum*. D'ailleurs la préposition *ex*, dont se sert la loi qui a servi de type à l'article 637 du Code d'instruction criminelle, était inclusive.

17. Au surplus, il est hors de doute aujourd'hui que la position d'un prévenu est favorable même en matière de prescription, puisque cette prescription est d'ordre public et que les juges doivent la suppléer d'office. Ce serait donc le cas de faire à la prétendue règle : *Dies à quo non computatur in termino*, si on se décide à l'admettre, une exception en ce qui touche les matières criminelles; et cela, avec d'autant plus de raison que la prescription en la matière est fondée sur les remords du coupable, et sur la difficulté de rechercher les éléments de culpabilité et d'innocence après un certain nombre d'années. Or ces motifs s'appliquent tout aussi bien au cas d'inclusion qu'au cas d'exclusion du jour *à quo*. C'est en ce sens que se prononcent la doctrine des auteurs [1] et la jurisprudence [2]. Cependant la cour suprême

[1] *V.* notamment Mangin, Traité de l'action publique et de l'action civile, en matière criminelle, n° 319, t. II, p. 156.

[2] *V.* Cassation, 28 mai 1819, et le jugement cité par M. Mangin (*loc. cit.*). — Paris, 8 février 1843; *Palais*, t. I, 1843, p. 375. — Cassat., 7 avril 1837; *Palais*, t. I, 1838, p. 95. Ce dernier arrêt n'avait pas à juger la question; mais voir les considérants.

paraît vouloir, dans ces derniers temps, revenir sur plusieurs de ses arrêts précédents, qui étaient favorables à l'opinion que nous avons adoptée.

18. Concluons de tout ce qui précède qu'il y a nécessité pour le législateur de couper court aux controverses, en tranchant la question dans un sens ou dans l'autre par un texte formel. En exprimant ce vœu nous croyons être l'interprète fidèle des vrais amis de la science.

HUREAUX.

Rapport adressé au ministre de la justice de Grèce, par le procureur général du Péloponèse, sur l'administration de la justice criminelle dans ce pays [1].

Nauplie, ce 18 avril 1844.

MONSIEUR LE MINISTRE,

J'ai l'honneur de vous soumettre le compte rendu de l'administration de la justice criminelle pendant le dernier trimestre de l'année 1844. J'y joins les différentes pièces et les tableaux qui m'ont été communiqués par les procureurs du roi du ressort de cette cour royale.

Il résulte de ces documents que, pendant le présent trimestre,

Le procureur du roi de Nauplie a reçu. . .	415	dénonciations.
Celui de Tripolis.	220	—
— de Sparte.	165	—
— de Calamate.	483	—
— de Patras.	436	—
Total.	1,719	—

Quant aux affaires dont les juges d'instruction ont été saisis, on compte :

[1] Ce rapport nous a été envoyé par M. Léonidas Sgouta, docteur en droit, avocat à Athènes, rédacteur de *la Thémis*, ou revue de législation. Nous en devons la traduction à l'obligeance d'un jeune Grec, licencié en droit de la Faculté de Paris, où il continue en ce moment ses études pour obtenir le grade de docteur. (*Note des directeurs de la Revue.*)

	Affaires dont l'instruction a été terminée :	Dont l'instruction reste à terminer :
A Nauplie.	67	90
A Sparte.	45	74
A Tripolis.	62	38
A Calamate.	75	71
A Patras.	111	136
Totaux.	360	409

Les chambres du conseil ont prononcé :

A Nauplie.	sur 183 cas ;	— reste à décider	99
A Tripolis.	195	—	35
A Sparte.	104	—	28
A Calamate.	159	—	26
A Patras.	185	—	89
Totaux.	826	—	277

Les tribunaux correctionnels ont prononcé :

A Nauplie.	sur 59 cas ;	— reste à décider	31
A Tripolis.	30	—	35
A Sparte.	32	—	18
A Calamate.	79	—	44
A Patras.	76	—	77
Totaux.	276	—	205

Et enfin le nombre des individus condamnés par les tribunaux correctionnels s'est élevé :

A Nauplie.	à 66.	— Ont été acquittés	32
A Tripolis.	25	—	23
A Sparte.	49	—	17
A Calamate.	80	—	42
A Patras.	82	—	54
Totaux.	302	—	168

En comparant ce relevé à ceux des trimestres précédents, nous trouvons, pour le nombre des délits dénoncés :

Le 1er trimestre, 1,483 ; le 2e, 1,372 ; le 3e, 1,991 ; et le 4e, 1,717.

Instructions terminées :

Le 1er trimestre, 357 ; le 2e, 319 ; le 3e, 344 ; et le 4e, 360.

Affaires en voie d'instruction :

Le 1er trimestre, 580 ; le 2e, 362 ; le 3e, 407 ; et le 4e, 409.

Décisions rendues par les chambres du conseil :

Le 1er trimestre, 716 ; le 2e, 1,021 ; le 3e, 835 ; et le 4e, 826.

Affaires sur lesquelles restait à prononcer :

Le 1er trimestre, 332 ; le 2e, 180 ; le 3e, 237 ; et le 4e, 277.

Affaires jugées par les tribunaux correctionnels :

Le 1er trimestre, 291 ; le 2e, 279 ; le 3e, 332 ; et le 4e, 276.

Affaires sur lesquelles restait à statuer :

Le 1er trimestre, 187 ; le 2e, 184 ; le 3e, 153 ; et le 4e, 205.

Enfin, nombre des individus dénoncés :

Le 1er trimestre, 287 ; le 2e, 301 ; le 3e, 378 ; et le 4e, 302.

Des individus acquittés :

Le 1er trimestre, 226 ; le 2e, 191 ; le 3e, 212 ; et le 4e, 168.

En additionnant les chiffres trimestriels, et en comparant le tout au relevé de l'année 1842, nous trouvons pour le Péloponèse et les îles adjacentes :

	Année 1842.	Année 1843.
Délits dénoncés.	4,619	6,565
Instructions faites.	1,784	1,380

Procès criminels jugés par les tribunaux correctionnels :

Année 1842, 1,112. Année 1843, 1,178.

Prévenus :

	Année 1842.	Année 1843.
Condamnés.	1,148	1,269
Acquittés.	843	797
Totaux.	1,991	2,066

Ainsi, il résulte de ce qui précède que, dans l'année 1843, il y a eu 1,946 dénonciations de plus que dans l'année 1842.

En revanche, il y a eu dans l'année 1843 404 instructions de moins que l'année précédente et un plus grand nombre d'affaires jugées par les tribunaux correctionnels. Le nombre des condamnations surpasse aussi celui des acquittements.

De la comparaison des relevés des différents trimestres de l'année 1843, il résulte évidemment que le nombre des délits a considérablement augmenté dans les second et troisième trimestres.

Je regarde comme causes de cette multiplication apparente des délits :

1° La triste et malheureuse tendance à la fausse dénonciation. Il suit de là qu'on pourrait avec vérité dire que le nombre des délits n'a point subi d'augmentation réelle ; à moins qu'on ne veuille compter les fausses dénonciations comme constituant autant de délits ;

2° Le changement politique consommé dans la glorieuse et à jamais mémorable journée du 3 septembre, changement que les esprits portés au crime ont cru favorable à l'exécution de leurs actions coupables : ils espéraient l'impunité ; heureusement ils ont été trompés dans leurs espérances, grâce au zèle infatigable, à l'attachement aux lois et au sentiment du véritable intérêt social, qui animent ceux à qui a été confiée la mission de distribuer la justice ;

3° Enfin les grâces accordées après le 3 septembre avec profusion, et en partie, qu'il me soit permis de le dire, sans examen. — Ces deux dernières causes sont aussi mentionnées par le procureur du roi de Patras.

La célérité de l'instruction, la certitude de la punition, le soin apporté par les magistrats à s'affranchir complétement des passions humaines, et leur extrême impartialité ; l'examen scrupuleux des dénonciations et le rejet de celles qui ne sont pas fondées sur la loi ; la poursuite sévère de la fausse dénonciation : voilà les moyens par lesquels on pourrait d'une manière directe agir contre la multiplication des délits. Mais pour y arriver, il faut d'abord une grande attention dans le choix du personnel, et puis une incessante surveillance de la part de l'autorité supérieure.

D'autres causes indirectes peuvent être ajoutées aux précédentes : la pauvreté sévit sur le peuple ; le système de la perception des impôts est détestable ; les autorités municipales, dans plusieurs endroits, pour ne pas dire partout, comme cela est attesté par les procureurs du roi de ce ressort, sont considérées

comme autant de harpies qui sucent le sang du malheureux peuple. Que le gouvernement fasse disparaître ces abus, et la suppression des délits, j'ose le dire sans hésiter, sera la conséquence infaillible de ces mesures de haute prévoyance.

Les huissiers, les officiers de la justice auxiliaire et la gendarmerie, n'ont point montré malheureusement l'empressement qu'ont déployé les administrateurs supérieurs de la justice. La subordination a entièrement disparu. Les juges de paix, à part quelques exceptions, ignorants et incapables, s'occupent uniquement des affaires qui nécessitent des frais de timbre. Les employés municipaux altèrent de plus en plus les affaires criminelles, suivant leurs sympathies et leurs antipathies. Les huissiers apportent du retard dans la remise des assignations, ou ignorent totalement leurs devoirs. D'autre part, leur grand nombre les oblige à recourir à des moyens illégaux, afin d'obtenir un plus grand gain. La gendarmerie se mêle arbitrairement à des instructions là où la loi ne le permet pas. Parmi les geôliers, celui de notre ville se montre peu apte au service; et cela se conçoit, puisque, comme je viens de l'apprendre, d'épicier failli il a été promu au rang de fonctionnaire public. Quant aux plaintes élevées contre celui de Tripolis, elles ne sont évidemment, comme il m'a été assuré par le procureur du roi de la même ville, qu'une basse intrigue de la part du compétiteur de sa place.

Je ne ferai pas ici mention des peines disciplinaires; les procureurs du roi gardent le silence sur ce point, à l'exception de celui de Tripolis. D'ailleurs, le ministre de la justice a eu à temps connaissance des amendes prononcées.

Si l'on compare le nombre des procès criminels qui sont restés pendants dans le présent trimestre, avec le nombre des procès criminels des trimestres qui l'ont précédé, on trouve une grande différence seulement à l'égard du premier trimestre, pendant lequel les affaires non terminées surpassaient de 200 celles du présent trimestre. Mais la comparaison du relevé annuel ne nous donne pas un résultat aussi satisfaisant. Quoi qu'il en soit, je ne puis pas attribuer cette différence à la négligence des juges d'instruction, mais bien à toutes les causes précédemment exposées,

auxquelles vous pouvez ajouter les déplacements fréquents, les destitutions et tant d'autres encore qui ont contribué beaucoup à l'affaiblissement du zèle nécessaire pour la prospérité du service.

Je n'ai rien à vous rapporter pour le moment, qui soit digne de votre attention, sur l'état des prisons préventives et correctionnelles. L'examen de ce sujet dépasserait les bornes de ce rapport; d'ailleurs, mes idées sur l'amélioration de ces prisons se lient à la nécessité de bâtir des établissements pour les différents tribunaux; de plus, pour ce qui regarde les prisons de Nauplie, j'ai déjà exprimé mon opinion dans le rapport que j'ai eu l'honneur de vous adresser sur l'administration de la justice pendant le second trimestre, et j'ai aussi parlé des prisons de Patras dans une autre circonstance.

L'exécution des jugements n'a souffert aucune entrave. Il est, du reste, à remarquer que l'emprisonnement prononcé par presque tous les tribunaux correctionnels, pendant le présent trimestre, n'a pas été en général de plus d'une année; sept individus seulement ont subi un emprisonnement de plus d'une année : 4 à Nauplie, 1 à Tripolis et 2 à Patras. 24 individus ont été condamnés à la peine de l'amende. Je trouve toutefois ici une certaine obscurité dans les rapports qui m'ont été faits, puisqu'en recourant aux délits contre lesquels, dit-on, a été prononcée une amende correctionnelle, je trouve qu'elle a été plutôt une peine de police, le délit ayant été reconnu à l'audience constituer une simple contravention de police.

Je ne puis pas m'empêcher de réclamer votre attention, monsieur le ministre, sur l'observation qui suit.

Sur 470 individus condamnés par les tribunaux correctionnels, 11 appartenaient à l'âge de 10 à 14 ans, 43 à celui de 14 à 21, 224 à celui de 21 à 30, et 192 à celui de 30 et au delà.

Les personnes de la troisième période de la vie ont été condamnées pour délits de vol, d'injures et de sévices graves. Mais ces délits, aussi bien que la passion de se rendre justice soi-même, sont en général très-fréquents.

Quant au sexe, je n'ai aucune observation importante à vous faire, si ce n'est que, sur 470 personnes condamnées pour délits, il y a eu seulement 22 femmes.

Je trouve, du reste, très-juste l'observation des procureurs du roi suivant laquelle les tribunaux correctionnels font preuve d'une extrême modération dans l'application de la peine; et en vérité, souvent le jury se montre beaucoup plus sévère.

Un emprisonnement modéré est, je crois, suffisant pour corriger les individus de la première et de la seconde période de la vie. Mais pour la troisième, où les plus fortes passions se développent et poussent l'homme aux actions criminelles, comme aussi pour la quatrième, où le vice peut facilement devenir habitude, ne serait-il pas à désirer qu'on prononçât un emprisonnement plus sévère?

Les congés accordés aux fonctionnaires judiciaires sont relatés dans les rapports des procureurs du roi. Je désirerais beaucoup qu'ils fussent accordés dorénavant avec plus de difficulté, par cette raison surtout que ceux qui les réclament ont le plus souvent en vue un voyage à Athènes, afin de se ménager des moyens d'avancement.

Le fonctionnaire public doit rester éloigné de toute intrigue, et s'habituer à compter uniquement sur sa capacité et sur sa probité, qualités que recherche tout gouvernement sage et éclairé.

Dans l'état actuel des affaires, et surtout à une époque où il s'agit de reviser la plus grande partie de notre législation, je n'ai pas cru qu'il fût sans quelque utilité de m'occuper de certains points que je regarde comme très-graves. Je laisse, du reste, à l'expérience et à la sagesse de M. le ministre le soin de juger quelle en est l'importance, et je suis certain qu'il voudra bien pardonner la liberté que j'ai prise.

DES ORIGINES DU DROIT PUBLIC ET PRIVÉ DE L'ALLEMAGNE, introduction à l'histoire de ce droit; par le docteur Charles-Robert Sachse. Heidelberg, à la librairie académique de C.-F. Winter. 1844 (XVIII et 604 pages)[1].

Compte rendu par M. ZACHARIÆ DE LINGENTHAL, professeur de droit à l'université de Heidelberg[2].

La *conscience* qu'une nation a d'elle-même, et qui est son bien le plus précieux, ne se conçoit pas pour elle sans la *science* de son origine et de ses traditions : s'approprier cette science, tel est donc le but que doit poursuivre tout homme éclairé, jaloux de porter dignement le nom du peuple auquel il appartient. C'est convaincu de cette vérité, que l'auteur de l'ouvrage dont nous allons rendre compte à nos lecteurs, a entrepris de déterminer les bases sur lesquelles repose la nationalité non-seulement de l'Allemagne, mais de tous les États germaniques et en première ligne des Francs. Il est parti de cette idée que ce sont surtout les commencements d'un peuple qu'il faut éclairer de la plus vive lumière, si l'on ne veut pas qu'à bien des égards son développement ultérieur ne reste obscur ou ne se présente sous un faux jour : en conséquence, il est remonté au berceau des Germains, pour exposer l'état de leur droit public, et pour l'exposer d'une manière aussi complète que le lui permettaient l'étude approfondie et le rapprochement des diverses sources auxquelles il lui a été donné de puiser. A ses yeux, le droit public est le véritable fondement de l'histoire tout entière, celle-ci n'étant que la série des évolutions politiques d'une société : plus la vie extérieure d'un peuple est dénuée d'importance, moins elle se traduit au dehors par des signes visibles et palpables ; ou, *vice versâ*, plus ses manifestations sont persistantes et uniformes, moins il y a lieu d'en retracer l'histoire. Ainsi, pour donner une base solide à celle de l'Allemagne, de la France, de l'Angleterre

[1] *V.* aussi *Annales de Heidelberg*, 1844, cahier III, n°s 28 et 29, p. 442.
[2] Traduit de l'allemand par A. Payelle, avocat, docteur en droit, à Paris.

et des autres États d'origine germanique, il fallait déterminer les principes essentiels, primordiaux de leur droit public : sur cette nécessité de son sujet, écoutons M. Sachse lui-même, qui s'exprime ainsi dans sa préface :

« Dès les premiers moments, pour ainsi dire, où l'auteur a fait » de l'histoire du droit allemand l'objet de son étude de prédilec- » tion, il a compris combien les nuages qui enveloppaient les » premiers temps de cette histoire en obscurcissaient les époques » plus récentes. On lui parlait, par exemple, de la dissolution de » l'organisation primitive ou cantonale (*Gauverfassung*) des Ger- » mains; mais quant à cette organisation elle-même, il ne s'en » était conservé que des traces fugitives, des linéaments vagues » et indécis. Comment aurait-il été possible d'avoir l'intelligence » nette et vive des faits qu'elle a produits, en cessant d'exister, » alors surtout que ces faits ne se rencontraient pas dans une so- » ciété régulièrement ordonnée, mais s'offraient à nous sous » l'image d'un monceau de ruines, d'un véritable chaos? Tous » ces débris, qui gisent entassés par la main destructive de la » féodalité, et qui, souvent mutilés au point d'être méconnais- » sables, nous cachent les grandes lignes de la société germanique, » étaient dans l'origine autant de parties d'un édifice à la con- » struction duquel avaient présidé, à défaut d'un goût sévère, » des règles certaines et positives. L'édifice écroulé, ces débris » ont été jetés et dispersés çà et là; mais presque tous se re- » trouvent à la place que, d'après leur position première dans le » monument détruit, ils devaient occuper lors de leur chute et » de leur rencontre mutuelle. Si l'on veut embrasser d'un coup » d'œil cet assemblage confus de pièces et de morceaux, si l'on » veut apprécier avec justesse chacun des innombrables fragments » qui s'offrent à votre vue, il faut déblayer le sol, rechercher » le plan de l'édifice et le reconstruire en entier, pour redes- » cendre ensuite de l'ensemble aux détails, restituer sa place à » chaque fragment, et le juger en connaissance de cause. »

La bibliographie allemande, quoique assez riche en travaux historiques sur le droit national, n'a pas à citer d'ouvrages que l'auteur ait pu mettre utilement à contribution. Nous n'avons qu'un petit traité de Majer sur la constitution originaire des Germains (*Ueber ger-*

manische Urverfassung), lequel est beaucoup trop superficiel pour qu'on puisse en faire le point de départ de recherches ultérieures. On a quelques bons écrits sur les différentes classes de la société germanique (*Stænde*) notamment celui de Kindlinger ayant pour titre : Histoire de la dépendance personnelle (*Geschichte des Hoerigkeit*), et celui de Wilda sur les *Gilden;* mais ces auteurs se sont attachés à des fractions d'un grand sujet; ils les ont traitées isolément, sans les mettre en corrélation avec l'ensemble de la matière. Or, la nature et la hiérarchie des classes dans une société sont invinciblement déterminées par sa constitution; elles se développent sous l'action d'un principe vital *interne*, non comme une greffe qu'on peut enter capricieusement sur le premier tronc venu, mais comme un rameau qui ne fleurit que sur l'arbre dont il est le produit naturel. Le but de M. Sachse a donc été de démontrer, en remontant aux origines de la société germanique, pourquoi les classes dont elle se composait avaient nécessairement dû s'y organiser telles que nous les y rencontrons.

Mais pour présenter convenablement l'état de cette société, il fallait ne pas négliger les peuples chez lesquels une constitution analogue à celle des Germains, n'ayant point eu à lutter contre la féodalité, s'est perpétuée sans secousse à travers les siècles, jusqu'au moment où elle a succombé sous l'action du temps. Aussi, parmi les pièces originales que l'auteur a mises à profit, et dont son appendice renferme un grand nombre de citations littérales, voyons-nous figurer surtout les lois et les chroniques scandinaves : matériaux précieux que les historiens du droit allemand n'ont pas consultés à beaucoup près autant qu'ils auraient pu le faire. Un parallèle exact des lois des Germains prouve que chez eux le droit politique était partout fondé sur les mêmes principes, sauf quelques modifications de détail, œuvre variable du temps et des circonstances. Or, c'est chez les peuples scandinaves que ces principes ont laissé l'empreinte la plus vigoureuse et la plus durable : ce sont les documents que nous leur devons, qui donnent aux nôtres leur véritable physionomie et les mettent en pleine lumière. Mais comme ils sont rédigés dans une foule de langues et de dialectes inaccessibles pour la plupart au commun des lecteurs, M. Sachse nous a donné la traduction exacte et litté-

rale des passages tirés de ces documents : ceci concerne notamment les emprunts qu'il a faits aux Codes de Norwége, de Suède, de Danemark, d'Islande, ainsi qu'à ceux des Anglo-Saxons et des Frisons.

L'ouvrage se compose de deux parties principales : dans la première, l'auteur s'occupe du pays habité par la race germanique, et des divisions de ce pays en provinces et cantons, dans la seconde, des diverses classes d'habitants. En tête de la première partie, il a placé quelques observations préliminaires sur l'état de civilisation des Germains, pris à l'époque où les écrivains grecs et latins nous les font plus particulièrement connaître. Ceux-ci ne se les représentaient pas comme des barbares dont les sauvages de l'Amérique pourraient de nos jours nous donner une idée : l'agriculture et la propriété étaient le fondement de leur ordre social, et ces deux institutions contenaient le germe de leurs progrès futurs. Déjà rois et fils de rois cherchaient, au service des armées romaines, et jusque dans Rome, l'occasion de s'initier aux arts et aux sciences d'un monde plus avancé. Leurs caractères runiques étaient une véritable écriture ; et quoiqu'on ait soutenu le contraire en se fondant sur un passage bien connu de Tacite, l'induction qu'on a voulu en tirer semble tout à fait erronée : ce passage, sainement interprété, doit s'entendre non de l'écriture proprement dite, mais d'une correspondance clandestine entre un homme et une femme ; c'est ce commerce épistolaire qui est signalé comme contraire au sentiment moral des Germains ; et par cette remarque, Tacite reconnaît implicitement qu'ils possédaient l'art de l'écriture. D'ailleurs, cet art était répandu dans les États scandinaves longtemps avant l'introduction de la civilisation romaine et du christianisme, puisque les *runes* servaient à perpétuer le souvenir des événements publics.

A la suite de ces observations, l'auteur expose l'état des opinions qui avaient cours à Rome et dans la Grèce, touchant la position et les divisions des contrées germaniques. Il recherche les erreurs géographiques dans lesquelles sont tombés les écrivains de l'antiquité ; et cette recherche le conduit à éclaircir et à rectifier les notions qu'ils nous ont transmises. Suivant Tacite et

Pline, il y avait quatre nations principales, à savoir : les *Herminones* ou *Gambrivii*, dans les montagnes; les *Ingævones* ou *Suèves*, dans les grandes plaines du nord-est de l'Allemagne; les *Istævones* ou *Marses*, sur les bords de la Baltique, et les *Vandales*, dans les îles et péninsules de la Scandinavie. Les noms de ces peuples sont tirés de la position des pays et de la nature du sol qu'ils habitaient. Ainsi le nom de Vandale dérive du mot danois *vand*, eau, et du verbe *ala*, résider quelque part, et désigne un peuple insulaire. Il y avait aussi des Suèves sur le plateau qui occupe la plus grande partie de la Bavière actuelle; mais ces derniers, qu'on appelle aussi Marcomans, ne sauraient être confondus avec la nation des Suèves de l'Allemagne septentrionale; ils n'ont de commun avec ceux-ci que le nom, ce qui tient à ce que les uns et les autres habitaient un pays de plaines : or, le mot de Suève dérive du vieux mot scandinave *sweif*, plaine. Cette étymologie une fois constatée met fin à la discussion qui a longtemps roulé sur la distinction que certains auteurs voulaient faire entre les *Sassen* et les *Suèves*, la première de ces dénominations devant, selon eux, s'appliquer à des peuples établis à demeures fixes, et la seconde à des peuples nomades : distinction impossible, car, même au temps de Tacite, l'état nomade avait cessé d'être celui des Germains, encore bien que postérieurement à cet historien des émigrations locales aient été amenées par des causes accidentelles. D'ailleurs, la classification que nous venons de rappeler n'a pas cessé d'être en usage : de nos jours encore on distingue les nations les unes des autres, selon qu'elles habitent des montagnes, des côtes, des plaines ou des îles. Enfin l'auteur explique le rapport qui existe, suivant Tacite, entre les noms des peuples germaniques et ceux de leurs divinités, et comment les Romains furent amenés à leur substituer ceux des divinités qu'ils reconnaissaient eux-mêmes : cette substitution eut pour cause la ressemblance des noms grecs et des noms germains. Ainsi, et pour ne citer qu'un exemple, les Romains croyaient retrouver leur Mars, l'Arès des Grecs, dans le Har-aes, l'Ase supérieur que les Germains prenaient à témoin dans toutes leurs affirmations.

Les résultats critiques que nous venons d'indiquer ont déjà de l'importance; ils jettent du jour sur plusieurs points des anti-

quités de la Germanie, et facilitent l'intelligence des écrivains classiques, en particulier celle de Tacite. La seconde partie, où l'auteur reprend les uns après les autres les peuples que nous venons d'énumérer, contient aussi plus d'une observation précieuse pour le philologue qui a besoin de se familiariser avec la géographie des Grecs et des Romains : parallèlement à un exposé de la constitution politique de la Germanie dans les temps les plus reculés, elle renferme un précis détaillé de la géographie de ce pays, à la même époque et avant l'invasion de l'empire romain. Aidé d'un passage de Pline, l'auteur subdivise chacune des quatre nations qu'il nous a fait connaître en quatre grandes fédérations, dans le sein de chacune desquelles se reproduisait ce même principe d'une division quadripartite, qu'une foule de documents postérieurs à la chute de l'empire romain élève à la hauteur d'un principe fondamental dans l'ancienne constitution germanique. A ce principe se joignait celui d'une division fondée sur le nombre douze, d'une dodécarchie, et, comme le premier, il a laissé dans un temps bien plus récent que celui dont nous nous occupons, des traces innombrables de son existence. Ainsi, chaque État se partageait en quatre provinces soumises à un roi particulier, *Fylkiskonung*, et placées sous la suprématie du roi de la nation, *Thiodkonung;* dans chaque province il y avait trois, et conséquemment en tout douze arrondissements (*Gaue*) principaux, gouvernés par un comte. L'auteur, en suivant ces premières indications, a groupé autour d'elles l'organisation de tous les peuples considérés comme appartenant à la race germanique par les écrivains de Rome et de la Grèce. Il détermine les limites de chacun d'eux, tantôt d'après d'anciens noms de lieux et de rivières, tantôt et surtout en prenant pour guide les démarcations primitives des diocèses épiscopaux et métropolitains de l'Allemagne. En effet, les circonscriptions ecclésiastiques étaient bien moins sujettes à varier que celles des territoires possédés par des princes laïques, les évêchés et les archevêchés n'étant pas soumis au même mode de transmission que ces derniers, et le principe successoral ne venant pas à chaque instant en opérer tantôt la fusion, tantôt le morcellement. On peut donc les consulter sans crainte, pour fixer les anciennes délimitations politiques, avec

lesquelles on les fit cadrer le plus exactement possible lors de l'établissement du christianisme. Ce travail a été essayé par plusieurs auteurs au moins sur quelques peuples : nous citerons entre autres Erdebur, dans son ouvrage sur le pays et la nation des Bructères. Il est à regretter, surtout en ce qui touche cette partie de son œuvre, que M. Sachse n'y ait pas joint une carte à l'aide de laquelle on eût pu se rendre compte plus facilement qu'on ne le fait de la position des peuples qu'il décrit.

Au second chapitre de cette même partie, on trouve des détails plus précis, d'abord, et dans un premier paragraphe, sur l'organisation quadripartite dont il a été parlé plus haut, et les développements qu'elle reçut dans les divers États que les Germains fondèrent, une fois établis en Occident. L'auteur a saisi cette occasion pour exposer d'une manière complète la constitution provinciale de la Norwège, de la Suède, du Danemark, d'où il reporte nos regards sur celle des Frisons, des Anglo-Saxons, des Thuringiens, des Bavarois, des Normands en Italie, et des Visigoths en Espagne. Un second paragraphe est consacré à la division de chaque pays en douze grands arrondissements, *dodécarchies*, ainsi qu'aux circonscriptions inférieures, cantons, centènes, décanies, où se combinaient le principe de la *dodécarchie* et celui de la *tétrarchie*, sur lesquels l'auteur nous donne toutes les notions qui ont pu se conserver jusqu'à nous. Pour terminer, il passe en revue divers États où l'amalgame et la fusion de ces deux éléments ressortent en traits saillants : parmi ces États figure en première ligne la république fondée en Islande au IXe siècle par des émigrants norwégiens; puis vient la France. L'auteur attire particulièrement notre attention (p. 223) sur le rôle que jouent, dans le préambule bien connu de la loi salique, les quatre *consiliarii priores gentiles* que le roi a convoqués de toutes les provinces du royaume, pour délibérer avec eux sur la loi nouvelle qu'il s'agit de promulguer. Ces quatre *conciliarii* indiquent assez l'existence d'une division quadripartite, d'une tétrarchie chez les Francs-Saliens : c'étaient là très-certainement les quatre *Fylkiskonung* qui, en Suède et en Norwége, étaient subordonnés à un chef suprême, au roi de la nation, qui devaient se rendre au lieu de sa résidence pour y prendre part aux délibé-

rations, aux cérémonies et aux services d'honneur pour lesquels on jugeait à propos de les convoquer, qui plus tard enfin se sont transformés en grands-officiers de la couronne, et ont rempli ces charges d'écuyer tranchant, de connétable, d'échanson et de chambellan qu'on trouve partout au moyen âge. Les noms mêmes sous lesquels ces conciliarii sont désignés dans le préambule de la loi salique, et en admettant l'explication qu'en donne l'auteur (p. 243), ont directement trait aux quatre grandes charges de cour dont il vient d'être question. M. Sachse ajoute (p. 289) : « Déjà même en France, sous les Carlovingiens, l'empire était » divisé en quatre duchés, et ce mode de partage, encore qu'on » le fasse remonter à l'époque de la domination romaine, ne s'est » maintenu si longtemps que parce qu'il était profondément en » harmonie avec les idées germaniques. Plus tard, en effet, et » sous saint Louis, ces quatre duchés se retrouvent jusqu'à un » certain point dans les quatre grands bailliages du royaume, » situés à Sens, Saint-Pierre-le-Moutier, Vermond et Mâcon. » A côté de cette division quadripartite, image de la tétrarchie » germanique, se place aussi la dodécarchie, représentée par les » douze pairs, les douze parlements, et enfin, jusque sous » Louis XIII, par les douze gouvernements de France. » Toutes ces divisions qui s'établirent dans le cours des siècles, subissant chacune l'action du régime féodal et des événements qu'elles eurent à traverser, sortirent d'une souche unique, l'ancienne constitution des Germains. Les pairies et les cours féodales qui en dépendaient furent le berceau des parlements, autour desquels les gouvernements vinrent se grouper à leur tour. Ramener ainsi à quelques idées simples et fécondes les développements multiples d'une société politique, c'est fournir plus d'un point d'appui aux recherches de l'histoire, et c'est à ce titre aussi que nous attachons de l'importance aux détails dans lesquels l'auteur est entré (p. 214) sur la constitution primitive de l'Angleterre. Il a démontré que l'existence d'une heptarchie, admise par tous les historiens de ce pays, était une hypothèse dénuée de fondement, et il a jeté un nouveau jour sur toute la période anglo-saxonne. L'Angleterre a eu deux tétrarchies germaniques, l'une saxonne, remontant à l'année 455, époque où Hengist s'établit avec ses

bandes sur le sol de la Grande-Bretagne; l'autre, fondée un siècle environ après la première, en 530, par les Angles, à la tête desquels Ufla et onze autres chefs vinrent occuper la partie septentrionale de l'île. Plus tard, deux des provinces envahies par les Angles ayant été réunies sous un même prince, l'île tout entière se trouva partagée entre sept rois : de là cette heptarchie fabuleuse, admise à tort, comme le pense l'auteur. Remarquons en passant qu'ici encore la dodécarchie germanique se trouve représentée par Ufla et ses onze compagnons.

Dans le premier chapitre de la seconde partie, le tableau des différentes classes de la société germanique est précédé de recherches et de calculs approfondis sur les *compositions* qui les distinguaient les unes des autres. Sans la connaissance de ce point historique, il serait souvent impossible de comprendre les lois qui les régissent. Chaque classe, en effet, avait un tarif spécial d'après lequel on fixait la somme qui, en cas de crime ou de délit, devrait être payée par l'offenseur à l'offensé, et qu'on appelle composition. Mais d'un côté la somme était allouée en tout ou seulement en partie, suivant le plus ou le moins de gravité de chaque cas particulier; de l'autre, quand il s'agissait de personnes inférieures, dépendant d'un maître, les monuments de l'époque mentionnent tantôt la partie de la composition qui est attribuée à ce dernier, tantôt celle qui est accordée à la victime elle-même. Il fallait donc fixer avec certitude les diverses manières dont la composition se fractionnait suivant l'occurrence, et le rapport arithmétique qu'on avait établi entre ces fractions. Sur ce point, où plusieurs avaient échoué avant lui, les efforts de l'auteur ont été couronnés de succès, et, grâce à lui, l'histoire du droit criminel s'est enrichie d'un chapitre plein d'intérêt. On avait échoué jusqu'à présent, parce qu'on n'avait pas appliqué au calcul dont il s'agit le système duodécimal qui lui servait de base, comme l'auteur le prouve fort bien. Tel était, en effet, le système en vigueur chez les Germains; il ressort très-nettement dans les lois scandinaves et anglo-saxonnes, et il a laissé çà et là quelques vestiges dans celles des Francs. Le système décimal date du moment où les Germains se mirent en contact avec la civilisation romaine. Aussi M. Sachse s'est-il d'abord

occupé des compositions chez les Anglo-Saxons, puis des changements que l'usage du système décimal a introduits dans cette matière, tant chez les Francs que chez les autres peuples d'origine germanique.

Le second chapitre traite des diverses classes de la société, et d'abord de la plus ancienne répartition des habitants en hommes libres et non libres, ainsi que de l'influence que le régime féodal exerça sur cette division. Il y avait en tout quatre classes distinctes : dans la première figuraient ceux qui jouissaient d'une entière indépendance et de la plénitude des droits civiques et politiques; c'était le véritable noyau de la nation. Ils devaient, réunis à leurs proches, jusqu'à un degré de parenté déterminé par la loi, posséder une propriété foncière dont l'importance était également fixée par voie de disposition législative. C'est la possession de ce bien patrimonial, dont le peuple lui-même investissait le chef de la famille, et que dans l'origine, au moins, la loi déclarait inaliénable, qui affranchissait ce chef de toute subordination personnelle, et lui conférait l'indépendance politique voulue par la constitution. Dans une seconde classe entraient tous les petits propriétaires du sol, tous ceux dont les biens fonds n'offraient pas à l'État pour eux et leur famille une garantie suffisante et qui, à raison de cette insuffisance, n'avaient pas une individualité politique aussi complète que les membres de la première classe. Pour remédier à leur faiblesse, ils étaient organisés en sociétés dont tous les participants étaient tenus de s'assister mutuellement et de répondre les uns des autres; on les appelait *sociétés de libre garantie*, *plegia liberalia;* ceux qui les composaient étaient membres de la libre garantie. Ces sociétés sont également connues sous le nom de *gilden*, et les associés sous celui de *congildonen*. Dans leurs rapports avec l'État elles répondaient de chaque associé, de même que dans la première classe le chef et ses proches répondaient les uns des autres. La gilde était donc une imitation de la famille : c'est sur elle que reposait l'ordre politique tout entier; pour l'État, c'était une garantie de la bonne conduite des individus; pour ceux-ci, c'était une alliance offensive et défensive. Aussi ces associations avaient-elles le droit de guerre privée, le droit de *faida*, et elles en usaient au besoin

pour exécuter à main armée les jugements rendus en leur faveur, quand la partie condamnée ne s'y soumettait pas de bon gré, ou que l'autorité judiciaire était trop faible pour la contraindre à cette exécution. Le régime féodal vit d'un mauvais œil ces alliances offensives et défensives, et il fit tous ses efforts pour courber sous le joug de son aristocratie la liberté et l'indépendance germaniques. Déjà les lois de Charlemagne renferment au sujet des *gilden* des dispositions hostiles, auxquelles la religion servait de prétexte. En effet, les *gilden*, qui avant la propagation du christianisme avaient toutes un représentant de leur choix parmi les divinités du pays, tenaient ainsi plus fortement que le reste de la nation aux anciennes croyances. Plus tard, à la vérité, à leurs patrons désormais proscrits, elles substituèrent des saints empruntés au nouveau culte ; mais dans leurs festins, par exemple, elles traitaient ceux-ci comme elles avaient coutume de traiter ceux-là, et leurs usages conservaient plus d'un vestige du paganisme. Ainsi, plusieurs rois scandinaves ordonnent que, dans les repas où se réunissent les membres de la gilde, les convives s'abstiennent de tout sacrifice, et vident leurs coupes non plus en mémoire d'Odin et des Ases, mais en l'honneur d'un saint quelconque de l'Église romaine. Dans l'empire franc, où les *gilden* se trouvèrent en conflit, bien moins encore avec l'Église qu'avec le régime féodal, le pouvoir ne se contenta pas d'atteindre un but purement religieux. La politique voulait leur entière dissolution, et l'on obligea ceux qui s'étaient garanti dans leur sein une assistance réciproque, à se placer sous la protection d'un vassal du roi, et à tenir désormais tous leurs droits du bon plaisir de leur seigneur. Beaucoup d'entre eux furent réduits à la condition des hommes *non libres*. Toutefois, quelques *gilden*, plus heureuses que d'autres, trouvèrent un asile dans les villes qui commençaient à prendre de l'importance; puis, au bout de plusieurs siècles, pendant lesquels l'histoire n'en parle pas, elles sortirent de leur obscurité et se montrèrent au grand jour. La troisième classe se composait des individus placés dans la dépendance d'un supérieur : privés de toute propriété immobilière, ils vivaient dans la maison ou sur les terres dont leur maître leur abandonnait les fruits, à la charge de prestations et de services déterminés. Ils ne

jouissaient d'aucune liberté et n'avaient aucune existence politique, parce qu'ils n'avaient en propre aucune portion du sol dont la possession les mît en contact avec la communauté des hommes libres, et les fît entrer dans les rangs du peuple : car c'était le peuple, nous l'avons dit, qui, par une investiture solennelle, transportait ses droits à tout propriétaire foncier. Ils n'étaient pourtant pas réduits en servitude : à défaut de la liberté du citoyen, ils avaient la possession de leur personne. Dans l'État, ils ne pouvaient exercer de droits que par l'intermédiaire de leur patron : celui-ci touchait une partie de la composition qui leur était attribuée en cas de crime commis sur eux; il devait, comme caution, les contraindre à remplir leurs obligations envers la cité, et répondait, au moins subsidiairement, de l'inaccomplissement de ces obligations. De leur côté, quand ils n'étaient pas contents de la manière dont leur patron s'acquittait envers eux de ses engagements, ils pouvaient le quitter et en prendre un autre. Cette troisième classe finit peu à peu par se subdiviser en plusieurs classes distinctes, dont les membres avaient des droits plus ou moins importants, suivant que leur patron était par sa puissance plus ou moins en mesure de leur procurer aide et protection. Les plus favorisés étaient les tenanciers du roi et de l'Église : ils ne différaient que très-peu des hommes libres; ceux même de ces tenanciers qu'on appela *possesseurs libres* virent s'effacer complétement les rapports originaires de dépendance qui les unissaient au roi, considéré comme leur patron. Voici comment ils étaient parvenus à s'établir : les lois des Carlovingiens étendaient la protection du roi aux étrangers, aux émigrants, à ceux qui n'étaient point patronés et néanmoins auraient dû l'être à raison de leur qualité : la tutelle royale embrassant ainsi le pays tout entier, le lien par lequel le protégé se rattachait au patron se relâcha tellement, qu'il finit par se briser. Enfin, dans la quatrième et dernière classe étaient agglomérés les *serfs*, ceux-là qui, même par l'intermédiaire de leur maître, ne jouissaient d'aucuns droits civiques, et ne pouvaient réclamer que les droits inhérents à la qualité d'homme. Ils ne pouvaient changer de maître à leur gré : tout ce qu'ils exécutaient par ordre de ce maître était réputé son fait; quant aux délits dont ils se rendaient volon-

tairement coupables, ils étaient punis de peines corporelles : car, sauf quelques crimes énormes, il n'y avait que l'homme libre qui pût, au prix d'une simple amende, garantir sa personne par la force contre les attaques de ses ennemis particuliers et les abus d'autorité du juge. Les délits dont un serf était victime, étaient considérés comme un dommage causé à la propriété d'autrui, et le maître avait droit à une indemnité équivalente au préjudice; car le serf n'avait pas de composition; il avait un prix comme les animaux.

Dans la première période de notre histoire, il n'existait pas de noblesse proprement dite, il y avait une classe de fonctionnaires investis de certains droits politiques consacrés par la constitution, entre autres du droit à une composition plus élevée que celles des autres classes. Tout ce que Tacite rapporte d'une *nobilitas* doit s'entendre de cette classe supérieure dont nous parlons. Toutefois, la société germanique renfermait déjà le germe d'une aristocratie : dès ses premiers temps, elle nous offre des exemples de hautes fonctions dont la transmission héréditaire dans certaines familles devait à la longue en faire des familles princières, des races aristocratiques; tels sont en Bavière les *Agilolfini* et les quatre autres maisons dominantes dont les priviléges nous reportent à l'ancienne organisation du pays en *tétrarchies*. En outre, les principaux de l'État, les hauts fonctionnaires, notamment les rois, réunissaient autour d'eux ces escortes, ces *comitatus* dont Tacite nous entretient et qui sont la souche d'une noblesse inférieure. Les hommes de ces escortes étaient de véritables gardes du corps donnés aux chefs par la constitution, et jouant auprès d'eux le rôle qu'à Rome les licteurs remplissaient auprès des consuls : ils avaient une composition plus forte et des droits politiques plus étendus que le reste des hommes libres : ce sont les *antrustions* de l'ancienne France, les *thains* des rois anglo-saxons. Dans l'origine, ces droits n'étaient rien moins qu'héréditaires : ils se réglaient pour chacun sur la position qu'il occupait à la suite du chef, et celui-ci avait toute latitude pour admettre à son service ou renvoyer qui bon lui semblait. Dans le sein de chaque escorte, on s'attachait surtout au développement des vertus guerrières; et, comme dans les confréries de chevaliers du

moyen âge, on distinguait le novice, l'écuyer, de celui dont l'éducation était complète, du chevalier proprement dit. Le chef fixait d'ailleurs le rang et les droits de tous ceux qui se ralliaient à lui : « Gradus quin etiam et ipse comitatus habet judicio ejus » quem sectantur, » dit Tacite. Mais bientôt l'admission d'un membre dans une escorte lui conféra des droits viagers : une fois qu'il y avait pris place, il ne pouvait plus être congédié malgré lui. Les *comitatus* formèrent ainsi dans la cité une classe nouvelle, dont il ne pouvait être question tant que les droits et la position de ceux qui les composaient étaient à la merci du chef. On ne s'en tint pas à cette première innovation : tout homme une fois reçu dans une escorte voulut transmettre ses droits à ses fils, et les descendants de ceux qui s'étaient distingués au service d'un chef étaient non-seulement, comme dit Tacite, accueillis par lui avec empressement, mais préférés à d'autres qui n'avaient pas le même titre de recommandation, et auxquels on s'efforçait de fermer l'entrée de la carrière. Ainsi se constitua peu à peu, en s'isolant des autres, une classe de familles qui revendiquait pour elle, sinon exclusivement, au moins avec un droit de préférence incontesté, les priviléges attachés à la chevalerie germanique, priviléges qu'elle finit par posséder héréditairement. En France, enfin, sous les derniers rois Mérovingiens, il se glissa, parmi les antrustions, un esprit d'indiscipline et de révolte qui dut coïncider avec l'indépendance où les plaçait la possession héréditaire de leurs priviléges, et qui ne put être réprimé par ces faibles monarques : aussi, dès la fin du VIe siècle, ceux-ci furent-ils forcés d'affranchir leurs antrustions des obligations qui leur étaient imposées. Les relations de l'escorte avec son chef cessèrent d'exister : elle devint un corps héréditaire, jouissant de droits politiques ; mais, en subissant cette transformation, elle se détacha des racines auxquelles elle tenait et où elle puisait la séve nourricière : les pertes qu'elle éprouvait, au fur et à mesure de l'extinction des familles, ne pouvaient plus être réparées par un chef qui avait disparu, et à une époque de guerres et de bouleversements, le corps tout entier était voué à une ruine certaine. Chez les autres peuples germaniques, et par suite des conquêtes des Francs, les *comitatus* per-

dirent leurs chefs et leurs rois et se maintinrent quelque temps à l'état de noblesse. Chez les Anglo-Saxons seuls, ils se perpétuèrent jusqu'à l'invasion des Normands qui fut le signal de leur chute. On s'explique maintenant pourquoi la loi salique et les anciens monuments du droit français mentionnent encore les services dus aux rois par les antrustions, tandis que la noblesse dont il est parlé dans les Codes des autres peuples germains n'est pas astreinte à des services analogues : c'est qu'à l'époque où la loi salique fut promulguée, l'institution du *comitatus* était encore debout chez les Francs, au lieu qu'elle était tombée chez leurs voisins au moment où les lois de ces derniers furent rédigées par ordre des rois francs. Ainsi, ce n'est pas, comme l'ont prétendu quelques auteurs, une noblesse préexistante, qui, en se mettant au service des monarques francs, a donné naissance à la classe des antrustions, tandis qu'ailleurs elle gardait son indépendance ; c'est tout le contraire : la noblesse est issue du *comitatus* une fois qu'il eut secoué l'obligation de servir un chef. Cette noblesse primitive, dont la trace est partout dans les *leges barbarorum*, n'a d'ailleurs aucun rapport avec la noblesse actuelle : celle-ci n'en est pas même dérivée par voie de filiation, et en se développant par degrés à travers les siècles. La dernière heure de cette noblesse des premiers temps avait sonné, au moment où les Carlovingiens introduisirent le régime des fiefs et enveloppèrent d'un vaste réseau féodal le territoire tout entier, pour le placer dans leur dépendance, et pour transformer l'Empire en une monarchie où la propriété du sol était uniquement conférée par le roi et ses vassaux. Dans les sanglantes batailles de Charles Martel, dans les campagnes de Pépin le Bref et de Charlemagne, dans les troubles qui désolèrent l'Europe sous les fils de Louis le Débonnaire, à la journée de Fontenay, cette noblesse primitive avait épuisé son sang jusqu'à la dernière goutte : le corps tout entier fut détruit. Ce fut alors aussi que le régime féodal germa vigoureusement, et qu'avec l'hérédité des fiefs naquit une nouvelle aristocratie qui avait sans doute quelque affinité avec l'ancienne, mais qui, à presque tous les égards, en différait essentiellement. C'est en parlant d'elle que les recueils de lois du moyen âge nous disent : princes et seigneurs châtelains ont la même composition que les

simples hommes libres, tandis que dans les *leges barbarorum* une composition plus forte était le signe caractéristique de l'ancienne noblesse des Germains. D'ailleurs, il ne faut pas non plus l'oublier, l'établissement des fiefs devait amener une nouvelle constitution de la société; la monarchie allait devenir féodale; la forme aristocratique allait s'imposer à l'État et donner une haute importance politique à la classe des vassaux, importance que la noblesse des premiers âges devait à l'institution des *comitatus* (qui n'avait jamais égalé celle des vassaux), et qu'elle perdit au moment de la chute de cette institution. Ainsi la noblesse actuelle naît et se développe parallèlement au régime féodal, sans rien avoir de commun avec celle des *leges barbarorum*.

Outre ces résultats généraux, le lecteur trouvera dans l'ouvrage que nous venons d'analyser des solutions sur plusieurs points de l'histoire du droit privé, en se reportant aux observations qui suivent chaque paragraphe, et qui tantôt contiennent les citations justificatives du texte, tantôt lui servent de commentaire. Nous signalerons, comme méritant une mention particulière, l'*observation* 20 du § 12, relative au partage de l'année germanique en trois périodes, aux rapports de cette division avec l'organisation judiciaire et à la marche générale de la société, ainsi qu'aux assemblées et fêtes populaires qui avaient lieu au commencement de chaque année. Les *observations* suivantes du même paragraphe traitent de la distribution des grands cantons en *dodécarchies* et *tétrarchies* : on y démontre que les *centum pagi* dont parlent les auteurs latins à propos de plusieurs peuples germaniques, n'étaient autres que les cent *centènes* qui entraient dans la composition régulière de chaque État. A l'observation 13 du § 13, l'auteur s'explique sur les *sagibarons* de la loi salique, qui ont tant exercé les érudits, ainsi que sur l'origine des échevins, et le chiffre qu'ils devaient atteindre pour composer un tribunal. Les *observations* du § 15 donnent des éclaircissements sur plusieurs principes de droit criminel, et sur quelques sujets qui s'y rattachent directement : il faut y joindre l'*observation* 14 où l'auteur s'occupe, après plusieurs autres savants, des *corpore infames* mentionnés par Tacite : cette qualification s'appliquait aux individus qui, après avoir été punis d'un premier crime par la mutila-

tion d'un membre, pouvaient être mis à mort sans jugement, quand ils se rendaient coupables d'un nouveau délit, la mutilation qu'ils avaient subie ayant entraîné après elle la privation de l'honneur et de tous droits civils. Aux *observations* 8 et 17 du §18, on voit l'origine de ce qu'on appelait au moyen âge *seigneuries libres*, *principautés*, *fiefs du soleil*, tels qu'il en existait quelques-uns en France et beaucoup en Allemagne. Au même paragraphe, *observation* 16, on trouvera des notions exactes sur l'ancien mode de distribution du sol entre les hommes libres, sur la quantité qu'il fallait en posséder pour avoir un bien de famille, sur les diverses charges, entre autres celle du service militaire que l'État faisait peser sur la propriété foncière comme un impôt territorial. L'*observation* 23 du § 19 a trait aux différents âges de la vie, à la distinction à faire entre la majorité simple et la grande majorité en ce qui touche les droits civiques, notamment celui de porter les armes ; l'auteur y revient avec plus de détails à l'observation 10 du § 21. A l'*observation* 2 du § 20, il expose les droits et les rapports de famille, lesquels se réglaient sur les différents degrés de parenté. Au même paragraphe, *observation* 4, il dit quelle était l'organisation judiciaire de la Germanie, quels étaient ses tribunaux publics ou secrets, et termine par une esquisse de la procédure. Au § 21, *observation* 14, il parle de l'admission d'un étranger dans une famille, sorte d'adoption qui fut le germe de l'hérédité testamentaire. A cette *observation* se relie naturellement l'*observation* 19 du § 19 où il est question de ceux qui sortaient de leur propre famille. Enfin, le § 22 contient dans ses *observations* 16-19 des détails fort étendus sur un sujet qui a beaucoup occupé la critique, sur les *friborge* des Anglo-Saxons et les *contubernia* de la loi salique, où nous retrouvons les *gilden* germaniques.

En terminant ce compte rendu, nous ferons remarquer que, dans la composition de son ouvrage et l'arrangement de ses matériaux, l'auteur a travaillé, non-seulement pour ceux qui ont déjà pénétré assez avant dans la connaissance du droit privé, mais aussi pour ceux qui abordent cette étude ; qu'afin d'atteindre ce double but, il a concentré dans les paragraphes tout ce qui est utile et nécessaire à ces derniers, et relégué les dissertations

approfondies et les éclaircissements dans les *observations*, qui forment ainsi la partie savante de l'ouvrage, et qu'il ne faut pas négliger. Le style a d'ailleurs toute la clarté et la précision désirables.

ZACHARIÆ DE LINGENTHAL.

SITUATION ADMINISTRATIVE ET FINANCIÈRE DES MONTS-DE-PIÉTÉ EN BELGIQUE; — NÉCESSITÉ ET MOYENS DE LES RÉORGANISER; par M. D. Arnould, administrateur-inspecteur de l'université de Liége. Un volume in-8° de 365 pages.

Compte rendu par M. VALETTE, professeur à la faculté de droit de Paris.

SUITE ET FIN [1].

Dans un précédent article, nous avons présenté l'analyse des trois premiers chapitres de cet important ouvrage. Nous avons vu que, suivant M. Arnould, les principales conditions d'une bonne organisation des monts-de-piété seraient : 1° la surveillance active du gouvernement, et son droit d'intervenir dans tous les actes d'administration qui sortent de la classe des opérations ordinaires; 2° une dotation gratuite, ou bien l'emploi des bénéfices au remboursement des sommes empruntées à intérêt par les monts-de-piété.

Ces conditions forment la base du projet de loi préparé par l'auteur dès le 8 juin 1843. Elles pourraient néanmoins, dit-il, être modifiées par l'adoption d'un système qui consisterait, soit à porter annuellement au budget de l'État la somme nécessaire pour payer les intérêts des capitaux empruntés par les monts-de-piété; soit à remettre aux hospices le monopole des prêts sur gages, en réservant toujours au gouvernement un droit de haute surveillance et même d'intervention; soit enfin à obliger les établissements de charité, qui s'emparent de tous les bénéfices des

[1] *V.* ci-dessus, cahier de février, p. 168.

monts-de-piété, à leur fournir sans intérêt (comme cela a lieu à Gand) le capital necessaire pour leurs opérations, et à n'exiger aucun loyer pour le local qu'ils leur procurent.

Le chapitre IV, auquel nous reprenons maintenant notre analyse, présente des rapprochements curieux entre les opérations des vingt-deux monts de la Belgique et celles du mont de Paris.

Le mont de Paris a reçu, dans le courant de 1843.	1,456,018 articles.	Valeur,		26,217,381 fr.,
tandis que, dans les monts de Belgique, il n'est entré que.	1,395,310	—	—	8,426,430
Différence.	60,708	—	—	17,790,951
Dans la même année, le nombre des opérations (engagements, dégagements, renouvellements et ventes) s'est élevé à Paris à.	2,867,295	—	—	51,607,604
et dans toute la Belgique à.	2,803,252	—	—	16,918,891
Différence.	64,043	—	—	34,688,713

La population des vingt-deux villes qui, en Belgique, possèdent des monts-de-piété, ne montait à la vérité, en 1843, qu'à 705,699 habitants; mais on peut, sans tomber dans l'exagération, doubler ce chiffre, si l'on veut tenir compte de la population des communes environnantes; car dans cette riche contrée on trouve un grand nombre de villages plus peuplés que ne le sont bien des villes dans d'autres pays. Ainsi, en définitive, la population qui peut recourir aux monts-de-piété de la Belgique est au moins égale à celle de Paris et de sa banlieue.

L'énorme différence que l'on aperçoit ici quant aux sommes prêtées, lesquelles à Paris excèdent 26 millions, tandis qu'en Belgique elles ne s'élèvent pas à 8 millions et demi, tient principalement à ce que la moyenne de la valeur de chaque gage est à Paris de 18 francs, tandis qu'elle n'est guère en Belgique que de 6 francs. D'où il semble bien résulter qu'en Belgique les classes inférieures recourent seules aux monts-de-piété; qu'en France, au contraire, les classes plus élevées usent également de cette ressource. Et, en effet, M. de Châteauneuf nous apprend qu'à Bordeaux, à Marseille, à Metz, à Nantes, à Avignon et à

Dijon, la valeur moyenne d'un nantissement est de 17 francs; à Rouen, de 10 francs; à Besançon, de 8 francs; à Strasbourg, de 6 francs [1]. Il faudrait être initié aux habitudes locales des populations pour bien se rendre compte de ces faits.

M. Arnould a classé les prêts par séries, en s'attachant à la valeur des objets engagés; et ici encore nous trouvons une différence notable entre ce qui se passe en Belgique et ce qui se passe chez nous. En Belgique, les gages d'un prix élevé sont si rares que la valeur moyenne de ceux qui dépassent 100 francs n'est que de 163 fr. 70 c.

Le nombre des gages qui sont vendus faute d'avoir été retirés dans les quatorze mois est d'environ 4 1/2 pour 100 en Belgique, et de 5 1/2 à Paris. La nature de cette *Revue* ne nous permet pas de signaler ici tous les résultats qui ressortent des nombreux et curieux tableaux statistiques insérés dans l'ouvrage de M. Arnould; les personnes qui désirent étudier à fond la matière des monts-de-piété consulteront avec fruit ces documents.

En Belgique, la moyenne des opérations des monts-de-piété, dans la période qui s'est écoulée de 1838 à 1843, est d'un chiffre plus élevé que dans la période qui comprend les années 1843 et 1844. Le bas prix des céréales avait répandu plus d'aisance dans la population; mais le renchérissement des denrées s'est fait sentir dès le second semestre de 1844, et, dès cette époque, le nombre des opérations des monts-de-piété a augmenté dans une proportion assez notable.

Nous ne pouvons reproduire ici les détails, fort intéressants d'ailleurs, donnés par l'auteur sur les fluctuations qu'éprouve le nombre des opérations dans les divers monts-de-piété belges, sur les divers modes d'opérer qui y sont suivis, enfin sur tout ce qui concerne les effets perdus ou volés qu'on présente à l'engagement et la responsabilité encourue à cet égard par les employés.

Dans le paragraphe consacré aux opérations du dégagement et

[1] Comp. sur ce point une brochure plus récente, ayant pour titre : *Situation administrative et financière des monts-de-piété en France*, par M. le baron de Watteville, inspecteur général des établissements de bienfaisance (chez Héois, libraire-éditeur, rue Richelieu, 63). On y trouve des documents intéressants sur l'origine des divers monts-de-piété de l'Europe et sur la situation de chacun des établissements actuels de la France.

de la vente, M. Arnould fait avec raison l'éloge de la caisse d'*à-compte* établie à Paris; il indique quel serait le meilleur mode à adopter pour les ventes, et comment on pourrait concilier l'intérêt des emprunteurs avec les garanties résultant du droit qu'a l'administration de contrôler les matières d'or et d'argent.

L'auteur, passant à la matière des *boni* ou plus-values, nous fait connaître les fraudes que les commissionnaires peuvent commettre et les précautions qu'il serait bon de prendre pour les déjouer. Il montre par des calculs rigoureux que, dans le cas de vente d'un gage valant 100 francs, l'emprunteur qui a d'abord reçu en prêt 68 francs, en touche ensuite 18, ce qui fait en tout 86 francs.

Les dix tableaux annexés au chapitre IV, que nous venons d'analyser, ont été rédigés dans le but de suppléer à l'insuffisance des renseignements statistiques qui jusqu'alors avaient été fournis au gouvernement.

Dans le chapitre V, intitulé *Prêts sur dépôt de marchandises neuves*, M. Arnould indique les résultats d'une enquête ordonnée en 1843 par le ministre de la justice, et portant sur les deux questions suivantes : 1° Convient-il de maintenir dans les monts-de-piété le prêt sur dépôt de marchandises neuves? 2° En admettant l'affirmative, quels seraient les moyens à employer pour prévenir les fraudes et les abus dont souffrent les créanciers des déposants et le commerce en général?

Tant d'intérêts se rattachent à ces questions qu'il était facile de prévoir qu'elles amèneraient des solutions très-divergentes. Ainsi, par exemple, sur la première des deux questions, on voit que dans les villes de Bruxelles, d'Anvers et de Bruges, les tribunaux de commerce se sont prononcés pour la négative, et les chambres de commerce, au contraire, pour l'affirmative. Cependant il est bon d'ajouter que, si l'on compte les suffrages, on en trouve 31 dans le premier sens, et 13 seulement dans le deuxième. Si l'on recherche, toujours relativement aux marchandises neuves, les points principaux sur lesquels les différents corps consultés ont été le plus généralement d'accord, on trouve que les mesures reconnues comme les plus utiles seraient les suivantes :

Établir dans chaque mont-de-piété un bureau particulier pour

les prêts sur marchandises neuves; — interdire l'intervention des commissionnaires pour ce genre de prêt; — délivrer les bulletins au nom du déposant, sans faculté de transmission; — déterminer l'époque de la vente pour certaines marchandises, de manière à éviter la perte résultant de ventes faites hors de saison; — abaisser le taux de l'intérêt, de telle sorte que l'emprunt sur gages cesse d'être une cause de ruine pour le petit commerçant; — arriver, par la combinaison de mesures réglementaires, à prévenir les fraudes et les abus sans ébranler le crédit des déposants; — enfin, déterminer un *minimum* au-dessous duquel les formalités prescrites pour les engagements de marchandises neuves ne seraient point applicables (ce minimum serait fixé à 100 francs); — défendre de vendre dans la même séance plusieurs gages appartenant à la même personne.

La divergence d'opinions, qui s'est manifestée en cette matière, vient surtout de la fausse idée qu'on s'était faite du nombre et de la valeur des engagements de marchandises neuves. M. Arnould a constaté, dans la visite qu'il a faite de tous les monts-de-piété de la Belgique, que les gages d'une valeur supérieure à 200 francs sont en très-petite quantité, et que, dans les mois d'août et de septembre 1844, les emprunts sur marchandises neuves étaient avec les autres dans le rapport de 7 à 10,000, et les sommes prêtées dans le rapport de 64 à 1,000.

Ici l'auteur est naturellement amené à établir que les lois prohibitives de certaines ventes faites à l'encan ne doivent point atteindre les monts-de-piété. « Si, comme je crois l'avoir » prouvé, dit-il, et comme le reconnaissent tous les économistes » qui ont approfondi la matière, le principe de l'institution du » mont-de-piété est la bienfaisance, soit qu'il soulage par un » faible prêt le pauvre qui vit au jour le jour, soit qu'il vienne en » aide aux petits commerçants ou à d'autres particuliers qui, à » défaut de crédit, ne pourraient se procurer ailleurs le moyen » de sortir de leur état de gène, il devient évident que la loi ne » peut pas interdire la vente des gages qui ne sont pas retirés dans » le temps prescrit, quelle que soit leur contenance ou leur va- » leur; le mont-de-piété se trouve en pareil cas dans la nécessité » de se rembourser de la somme prêtée, et ne fait que se confor-

» mer à ce que prescrit le Code civil à tout créancier dépositaire » d'un nantissement.

» Cette nécessité, résultant du fait même, doit affranchir le » mont-de-piété des restrictions et des formalités imposées par la » loi sur les ventes à l'encan : car on ne doit pas perdre de vue » qu'il ne met les gages en vente ni comme spéculateur, ni » comme propriétaire, ni surtout pour favoriser des abus, aux- » quels le gouvernement pourra mettre un terme en prenant des » mesures propres à y obvier, telles, par exemple, que la dé- » fense de diviser un gage pour exposer en détail les objets dont » il se compose, ou celle de mettre les gages en vente sans néces- » sité avant le terme prescrit, ou l'ordre au directeur, en cas de » présomption de fraude, de dénoncer le délinquant aux tribu- » naux, qui pourraient, s'il y avait lieu, appliquer les peines » prononcées par l'article 402 du Code pénal : les travaux forcés » sont de nature à effrayer les personnes qui seraient tentées de » se livrer à ces coupables manœuvres. »

A ce sujet M. Arnould montre que la loi française du 25 juin 1841, qui interdit *les ventes en détail des marchandises neuves à cri public*, ne s'applique pas à la vente des marchandises neuves engagées aux monts-de-piété. En effet, l'article 2 de cette loi excepte formellement de ses dispositions les ventes *prescrites par la loi ou faites par autorité de justice.* Or, les ventes n'ont lieu dans les monts-de-piété qu'en vertu de leurs statuts qui sont conformes aux lois et aux décrets en vigueur, et sur rôles rendus exécutoires par ordonnance du président du tribunal civil. Leur interdire de vendre telle ou telle nature de gages mobiliers, ce serait leur interdire de les recevoir; et alors qui pourrait subvenir aux besoins des commerçants momentanément gênés, sous l'empire d'une disposition (art. 411, Code pénal) qui punit d'un emprisonnement et d'une amende tout individu qui se livre habituellement au prêt sur gages? Le refus que ferait le mont-de-piété de recevoir les gages dont il s'agit conduirait nécessairement les emprunteurs chez des prêteurs clandestins, qui, séduits par l'appât d'intérêts exorbitants, ne craindraient pas de courir les chances d'un trafic usuraire. D'ailleurs est-il possible de considérer les monts-de-piété comme vendant en détail des marchan-

dises neuves, quelque petits que soient les gages, lorsqu'ils ne les divisent point pour les exposer aux enchères?

On a bien proposé d'exiger que le mont-de-piété ne pût prendre en gage des marchandises neuves que par lots d'au moins 100 francs, ou par pièces, ou par douzaines. Mais il est évident que ce serait là fermer l'entrée de l'établissement aux petits emprunteurs pour ne l'ouvrir qu'aux marchands en gros; et les monts-de-piété seraient ainsi détournés de leur véritable destination, qui est de venir au secours des classes inférieures et du petit commerce.

Dans le chapitre VI, M. Arnould met au grand jour les inconvénients qui résultent de l'existence des commissionnaires. Uniquement préoccupés des bénéfices qu'ils réalisent, ces intermédiaires apportent des sentiments égoïstes et cupides là où le désintéressement et la charité devraient dominer sans partage. Leur rapacité est en grande partie la cause des réclamations qui s'élèvent contre les monts-de-piété : car souvent monts-de-piété et commissionnaires sont confondus dans une commune réprobation; et, lors même qu'on fait à chacun la part qui lui est due, on peut encore s'imaginer que l'emploi de ces intermédiaires est indispensable.

On est également porté à confondre le salaire exigé par le commissionnaire avec l'intérêt dû au mont-de-piété; et pourtant l'un est bien minime en comparaison de l'autre. Il résulte en effet d'un tableau comparatif dressé par M. Arnould, que, pour un gage de 5 francs, on paye, au bout de la semaine, 2 centimes au mont-de-piété de Bruxelles, tandis qu'on en paye 20 au commissionnaire; de sorte qu'au bout de l'année l'emprunteur qui engage chaque semaine aura payé au commissionnaire 10 fr. 40 c., et au mont-de-piété 1 fr. 4 c. Il est à remarquer, en outre, que l'intérêt dû au mont-de-piété se paye en raison du temps qu'a duré l'engagement, tandis que le salaire du commissionnaire est toujours le même quelle que soit la durée du prêt.

C'est principalement à l'insouciance des classes ouvrières, et aussi aux manœuvres des commissionnaires, qu'il faut attribuer la vogue dont jouissent ces agents dans certaines villes. Dans d'autres, on ne sent pas le besoin de recourir à eux. Partout on

pourrait s'en passer au moyen des mesures indiquées par l'auteur.

Parmi ces mesures, la plus efficace sans contredit, c'est l'établissement des bureaux auxiliaires, auxquels est consacré le chapitre VII. « On s'effraye à tort, dit M. Arnould, à l'idée des » frais que nécessiteraient ces bureaux auxiliaires ; car, en les éta- » blissant au moyen des bénéfices du mont-de-piété, on ferait » retourner ces bénéfices au soulagement de ceux-là même qui » les procurent. »

M. Arnould rappelle à ce sujet les moyens qu'il avait déjà proposés dans son Mémoire couronné en 1828 par l'Académie de Nîmes, et dans son rapport du 14 mars 1839, présenté à la commission administrative du mont-de-piété de Liége. Il transcrit l'arrêté pris en 1843 par cette commission, à l'effet d'établir des bureaux auxiliaires à Liége, et il explique l'organisation de ces bureaux, qui n'existent encore qu'à Paris et à Liége. Et même à Paris, il n'en existe aujourd'hui que deux, nombre évidemment insuffisant pour créer, comme on le désirait, une concurrence salutaire entre ces bureaux et les vingt-deux commissionnaires qu'on a conservés ; tandis qu'à Liége les commissionnaires au nombre de huit ont été supprimés, à l'exception de deux qui cesseront leurs fonctions au 1er mai prochain.

Dans un but d'économie, on a procédé à un remaniement du personnel, de manière à répartir les employés entre les quatre bureaux auxiliaires et le bureau central. En procédant à ce remaniement, l'administration n'a pas eu besoin de créer de nouveaux emplois, si ce n'est au profit de ceux des ex-commissionnaires qui lui inspiraient le plus de confiance.

Ces renseignements curieux que nous fournit M. Arnould prennent un nouvel intérêt par l'examen que l'on peut faire, dans l'ouvrage même, de plusieurs pièces importantes concernant les bureaux auxiliaires de Paris. Entre autres, nous avons remarqué le rapport de M. Delaroche, directeur du mont-de-piété de Paris, à M. de Rambuteau, préfet de la Seine, rapport qui a été transmis (le 10 mai 1845) au conseil municipal, avec prière d'allouer les fonds nécessaires pour la création d'un troisième bureau auxiliaire.

M. Arnould, dans le chapitre suivant, s'occupe encore d'une matière bien digne d'attirer l'attention, c'est-à-dire des caisses d'épargne, des caisses d'escompte et de leur adjonction aux monts-de-piété.

Après avoir raconté en peu de mots l'histoire des caisses d'épargne, et fait connaître leur nombre et leur situation en Belgique, M. Arnould signale le danger auquel s'expose le gouvernement en abandonnant cette institution à l'industrie privée. En 1835, au moment où la société générale de Belgique avait fermé toutes les caisses d'épargne, une circulaire fut adressée par le ministre de la justice aux autorités locales, dans le but d'attirer leur attention sur les moyens depuis longtemps proposés par M. Arnould pour associer les caisses d'épargne aux monts-de-piété. Les réponses des députations provinciales ayant été, en 1843, communiquées par le ministre à M. Arnould, celui-ci en donne l'analyse dans son ouvrage, en y ajoutant des observations judicieuses propres à étayer son système. Il est bien probable que ce système aurait été mis à exécution, si la société générale n'avait rouvert toutes les caisses d'épargne après quelques mois d'interruption.

Les caisses d'épargne qui ont été établies près des monts-de-piété dans les villes de Mons, de Nivelles et d'Ostende, ont rendu et rendent encore d'immenses services, de même qu'en France celles de Metz, de Nancy et d'Avignon. Quant à l'utilité de cette adjonction, M. Arnould ne fait que partager l'opinion de MM. B. Delessert, Charles Dupin, de Viville et Blaize. Il rappelle les discours prononcés dans le même sens, lors de la discussion de notre loi sur les caisses d'épargne (du 5 juin 1835), par M. Lombard-Buffière et par M. le comte Roy.

Les caisses d'escompte pourraient aussi être annexées aux monts-de-piété et aux caisses d'épargne : elles en faciliteraient les opérations, au moyen de billets qui, échelonnés à des échéances convenables, mettraient la caisse d'épargne à même de satisfaire aux demandes de remboursement. Les opérations des monts-de-piété, au lieu d'être restreintes aux prêts sur nantissement, s'étendraient dès lors à toutes les espèces de prêt : car l'escompte, en définitive, peut être considéré comme un prêt

sur lettres de change ou billets à ordre revêtus de signatures qui inspirent la confiance. Du reste, il ne faut pas considérer ce plan de M. Arnould comme tendant à faire des monts-de-piété autant de grandes banques : le prêt devrait être limité de manière à borner les opérations aux besoins du petit commerce. L'auteur reproduit à ce sujet un projet qu'il avait présenté au gouvernement il y a plus de trente ans, le 26 juin 1815.

L'ouvrage se termine par un chapitre intitulé *Conclusions*. Ici l'auteur se montre pénétré de cette idée que le problème d'une organisation générale de la bienfaisance publique n'aura de solution qu'avec l'aide du temps. Aussi borne-t-il ses conclusions aux réformes et aux innovations immédiatement réalisables. Le projet par lui présenté et qui termine l'ouvrage, contient les principales dispositions qu'on devra faire entrer dans une loi sur les monts-de-piété; quant aux autres améliorations indiquées par l'auteur dans le cours de son travail, elles feraient seulement l'objet de règlements particuliers. Voici ce projet qui a été adopté, sauf quelques légères modifications, par la commission chargée de proposer les moyens de réorganiser les monts-de-piété [1].

BASES D'UN PROJET DE LOI SUR LES MONTS-DE-PIÉTÉ.

I. Administration.

1. Les monts-de-piété resteront sous l'administration de la commune, conformément à la loi communale; mais le gouver-

[1] Un article fort étendu et fort bien fait, inséré dans la *Revue de Liége* (livraison de février 1846), par M. Alph. Leroy, au sujet du livre de M. Arnould, en apprécie comme il suit la haute valeur morale :

« Nous ne pouvons terminer cette analyse sans rendre un hommage public à » l'homme de bien qui s'est dévoué à la cause sacrée du peuple, jusqu'au point de » consacrer une partie notable de sa vie administrative à des recherches ingrates » et difficiles, dans le but le plus noble et le plus désintéressé, celui d'être utile. » La loi préparée par ses soins sera sa plus belle récompense, et la gloire d'avoir » contribué au soulagement de ses semblables sera plus précieuse pour lui que les » éloges éphémères que la foule distribue si légèrement à ses idoles. Le nom de » M. Arnould sera désormais celui d'un bienfaiteur des classes souffrantes; car ses » réformes paisibles et facilement applicables auront plus fait pour elles que les » déclamations que chaque jour voit éclore sur l'organisation du travail et sur les » plaies douloureuses de la société actuelle. »

nement sera investi de la haute surveillance et du contrôle général de ces établissements.

2. Il arrêtera toutes les dispositions d'intérêt général et prendra toutes les mesures d'organisation, de police et de surveillance, tendantes à améliorer l'institution et la condition des personnes qui se trouvent obligées d'y recourir.

3. Seront soumis à la sanction du gouvernement : les conditions, le montant et le taux de l'intérêt des emprunts à faire par les monts-de-piété, le taux des intérêts à percevoir des emprunteurs, l'application des bénéfices, les frais d'administration, l'organisation du personnel, la fixation des traitements et des cautionnements, les arrêtés organiques et de régime intérieur des monts-de-piété, qui sont ou seront approuvés par les autorités communales et provinciales, en vertu de l'article 77, § 10 de la loi communale du 30 mars 1836.

4. Une copie des budgets et des comptes du mont-de-piété, approuvée par le conseil communal, conformément à l'article 79 de ladite loi, sera adressée au gouvernement par le Collége échevinal, dans le mois de l'approbation, ainsi qu'une copie du cahier d'observations et de délibérations y relatives.

5. L'administration des monts-de-piété sera reliée, dans chaque localité, à l'administration des hospices et à celle du bureau de bienfaisance, qui seront désormais réunies dans toutes les localités pour ne former qu'une seule et même commission. Le gouvernement déterminera, en raison de l'importance de chaque localité, le nombre de membres dont se composera cette administration, et indiquera le mode de nomination et de renouvellement de ces membres.

6. Un conseil supérieur de surveillance est établi près du ministère de qui dépendent ces établissements ; il se composera d'un certain nombre de conseillers nommés par le roi, de l'administrateur et de l'inspecteur général des établissements de bienfaisance.

7. Les fonctions de conseiller sont gratuites, sauf l'indemnité des frais de route et de séjour. Les inspections ne peuvent avoir lieu que sur l'invitation expresse du ministre; elles se font au moins une fois par année pour tous les établissements.

Les administrations locales fournissent aux inspecteurs tous les renseignements nécessaires, et ceux-ci adressent, après leur tournée, un rapport circonstancié au gouvernement.

8. Le conseil supérieur est présidé par le ministre ou par son délégué. Il a au moins une session par année, et propose les mesures d'intérêt général jugées nécessaires; il fait annuellement un rapport sur la situation des monts-de-piété du royaume le ministre en adresse un aux chambres tous les trois ans [1].

II. Dotation. — Emploi des bénéfices et des intérêts.

9. Les administrations de bienfaisance continueront, pour autant que de besoin, à fournir les fonds nécessaires aux opérations des monts-de-piété, sans que les intérêts perçus pour ces fonds puissent dépasser le taux des placements de fortes valeurs qu'elles font habituellement.

En cas d'urgence et d'insuffisance momentanée de la caisse des établissements de bienfaisance, la caisse communale est tenue de pourvoir provisoirement aux besoins du mont-de-piété.

10. Les bénéfices attribués jusqu'ici, en tout ou en partie, aux établissements de bienfaisance, ainsi que tous les produits ordinaires et extraordinaires, et entre autres ceux provenant de. *boni* non réclamés dans le temps prescrit, seront, à partir de la promulgation de la présente loi, employés à former la dotation nécessaire pour subvenir aux opérations des monts-de-piété. La quotité de cette dotation sera déterminée par le gouvernement.

11. A cet effet, les bénéfices serviront, avant toute autre application, à rembourser les capitaux empruntés à intérêt par les monts-de-piété.

12. Lorsque la diminution des charges qui résultera de ces remboursements le permettra, il sera fait une réduction proportionnelle dans le taux des intérêts à percevoir des emprunteurs.

13. Ces intérêts seront dès à présent réduits au taux néces-

[1] Dans le projet définitif de la commission, les articles 6, 7 et 8 ci-dessus ont été remplacés par la disposition suivante : « Le gouvernement fera inspecter les monts-de-piété aussi souvent qu'il le jugera nécessaire, et au moins une fois par an. »

saire pour subvenir aux charges actuelles de l'établissement. Ils seront toutefois établis de manière que, en cas de diminution ou de perte, il se trouve toujours un modique excédant de bénéfice.

Ces intérêts seront comptés jour par jour jusqu'à celui du remboursement.

Il ne pourra être perçu aucun droit de vente, quand les gages ne seront pas retirés dans le temps prescrit.

14. Lorsque la dotation sera constituée et que le mont-de-piété aura acquis un capital suffisant pour couvrir toutes les charges et réduire celles des emprunteurs au taux le plus bas, ou même effectuer des prêts gratuits en faveur des ouvriers, les bénéfices annuels seront, moyennant l'autorisation du gouvernement, versés dans la caisse du bureau de bienfaisance.

15. Dans les villes où les intérêts perçus par les monts-de-piété ne peuvent être réduits à raison des charges ou à défaut de bénéfices, le conseil communal portera annuellement, au budget des dépenses, la somme nécessaire pour payer l'intérêt des emprunts faits par l'établissement, ou les frais d'administration et de personnel, sans préjudice des subsides à fournir par la province et par l'État, lorsqu'il sera reconnu que la commune n'a pas le moyen d'y pourvoir par ses propres ressources.

16. Le gouvernement n'autorisera l'érection de nouveaux monts-de-piété que dans les communes où des capitaux suffisants seront fournis sans intérêt, ou bien dans celles où les frais de régie seront couverts par les administrations communales, provinciales ou de bienfaisance, ou par des associations charitables, et de manière à ne percevoir des emprunteurs qu'un intérêt modéré.

17. Les propriétés, mobilières ou immobilières, des monts-de-piété, servent d'hypothèque et de garantie spéciale, tant pour les prêteurs que pour les propriétaires des nantissements, envers qui la commune est subsidiairement responsable.

18. Aucun mont-de-piété ne pourra être supprimé sans l'autorisation du gouvernement; en cas de suppression ainsi autorisée, l'excédant des biens, après liquidation, sera dévolu aux établissements de bienfaisance de la localité.

III. Commissionnaires-jurés et bureaux auxiliaires.

19. Le gouvernement prend les mesures nécessaires pour abolir ou alléger les charges imposées aux emprunteurs par les frais de commission, et pour établir le plus tôt possible, en remplacement des commissionnaires, des bureaux auxiliaires dont les frais seront supportés par l'établissement principal.

On ne pourra augmenter le nombre des commissionnaires ni pourvoir aux places vacantes sans en référer au gouvernement.

IV. Pénalités.

20. Les peines prononcées par l'article 411 du Code pénal sont applicables :

1° Aux commissionnaires-jurés, qui prélèveraient un intérêt pour les avances qu'ils auraient faites au-dessus du prêt du mont-de-piété ; qui réclameraient des frais et recevraient des intérêts plus élevés que ceux fixés par les tarifs ; qui toucheraient des *boni* qui ne leur sont pas demandés ou se les approprieraient ; qui feraient des prêts fictifs, ou enfin qui abuseraient d'une manière quelconque de leurs fonctions au préjudice des emprunteurs ou de l'établissement ;

2° Aux employés des monts-de-piété, qui exigeraient des emprunteurs des sommes ou des intérêts excédant ce qui est dû en vertu des tarifs et règlements, ou qui lèseraient à leur profit les intérêts des emprunteurs ou de l'établissement ;

3° Aux individus qui porteraient des effets aux bureaux des monts-de-piété pour plus d'une personne, moyennant rétribution, et se livreraient ainsi sans mission administrative à l'état de commissionnaire ou de porteur ;

4° A ceux qui feraient le commerce d'achat de reconnaissances du mont-de-piété ou qui en auraient acheté de plus d'une personne.

Le tout sans préjudice des dommages-intérêts à payer aux parties intéressées dans les cas indiqués ci-dessus, §§ 1 à 4, et des peines prononcées par l'administration en vertu des règlements.

V. Objets perdus ou volés.

21. Tout objet perdu ou volé qui aura été engagé au mont-de-piété ou chez l'un des commissionnaires-jurés, sera restitué gratuitement à son propriétaire, si celui-ci ou la police a remis au directeur de l'établissement, avant l'engagement, la désignation de l'objet volé ou perdu.

22. Les employés du mont ou les commissionnaires-jurés seront responsables envers l'établissement de la perte résultant de la restitution gratuite des gages de cette espèce, s'ils les ont engagés après qu'on leur aura transmis la désignation des effets volés ou perdus, ou, dans tous les cas, lorsqu'ils les auront reçus d'un inconnu sans avoir pris les précautions qui leur seront prescrites par les règlements.

23. Seront également responsables les commissaires de police qui n'auront pas fourni au directeur du mont, immédiatement après le vol, les indications nécessaires pour se saisir du nantissement et de la personne qui le présente.

24. Les propriétaires des gages perdus ou volés qui n'en auront pas fourni la désignation avant l'engagement, et qui voudront en obtenir la restitution, seront tenus de rembourser au mont la somme prêtée, avec dispense toutefois d'en payer les intérêts.

VI. Prêt sur marchandises neuves.

25. Le gouvernement, après avoir entendu les autorités communales et les administrations des monts-de-piété, arrêtera les mesures relatives à l'organisation du prêt sur dépôt de marchandises neuves, de manière à en écarter les abus et à venir en aide au petit commerce par un taux modéré d'intérêt.

Il fixera le maximum de la valeur de ces prêts.

26. Ne seront point assujettis aux formalités à prescrire pour ce genre de dépôt, ni aux lois et règlements concernant les ventes à l'encan, les gages en marchandises neuves qui ne s'élèveront pas au-dessus de 100 francs, pour autant toutefois qu'ils

aient été engagés au moins six mois avant la vente, qu'ils soient exposés et vendus en entier tels qu'ils ont été engagés, et que ceux qui appartiennent à la même personne ne soient pas mis à l'enchère dans la même séance, s'il y en a plus de deux.

VII. Caisses d'escompte, de prêt sur caution, d'à-compte, de prêt gratuit, et caisses d'épargne, de prévoyance et de retraite en faveur des classes ouvrières.

27. Le gouvernement, d'accord avec les autorités communales, pourra établir près des monts-de-piété des caisses d'escompte sur bonne signature et de prêt sur caution, mais uniquement dans les limites des besoins du petit commerce et de l'agriculture.

Il annexera aussi aux monts-de-piété des caisses d'à-compte pour faciliter les dégagements.

28. Il pourra également établir des caisses de prêt gratuit en faveur des ouvriers, au moyen des bénéfices de l'établissement ou des dons qui seraient faits à cet effet, moyennant les conditions à prescrire pour obvier aux inconvénients qu'elles pourraient présenter.

29. Le gouvernement s'entendra de même avec les administrations communales pour annexer, autant que possible, aux monts-de-piété des caisses d'épargne, qui pourront fonctionner en même temps comme caisses de prévoyance, de secours mutuels et de retraite, à l'usage des classes ouvrières. L'organisation de ces diverses dépendances fera l'objet de règlements spéciaux.

VIII. Droits d'enregistrement et contrôle des matières d'or et d'argent.

30. Les registres, les procès-verbaux de vente et généralement tous les actes relatifs à l'administration des monts-de-piété, seront exempts de droits de timbre et d'enregistrement.

31. Le gouvernement prendra les mesures nécessaires pour que le titre des objets d'or et d'argent soit vérifié au local du mont-de-piété, et que le poinçon ne détériore pas les gages de cette nature, qui, dans aucun cas, ne pourront être brisés avant la vente sans l'autorisation du propriétaire.

Le gouvernement règlera également le droit, de manière à ce qu'il ne soit pas trop onéreux à l'emprunteur qui se trouve forcé de laisser vendre son gage. Ce droit sera fixe, et à un taux modéré pour tous les objets dont le poids ne peut être constaté ni indiqué sur les bordereaux des objets que le contrôleur de ces matières doit remettre au directeur.

A. VALETTE.

Dispositions pour un système uniforme de cadastre dans le Piémont.

La péréquation de l'impôt foncier, mieux assurée par l'établissement d'un cadastre régulier, exact et surtout *bien conservé*, est une des parties les plus difficiles et les plus importantes de l'administration financière.

En cela, comme en beaucoup d'autres choses, l'Italie a le mérite d'avoir depuis longtemps devancé tous les autres États de l'Europe, en opérant la péréquation générale de l'impôt foncier ; et les noms de P. Neri et de Rinaldo Carli seront toujours en grand honneur auprès des personnes qui comprennent l'importance de cette opération.

Dans les États de la maison royale de Savoie, depuis 1730, époque où fut commencée la péréquation dans les provinces ultramontaines, jusqu'à l'année 1798, époque de l'invasion des armées françaises, on soumit successivement aux opérations du cadastre un grand nombre de communes des autres provinces ; mais à cette époque, les travaux n'étaient même pas commencés dans beaucoup de communes.

En 1802, les anciens États du Piémont ayant été réunis à la France, tandis que les provinces lombardes de Lomellina et du haut et bas Novarrais étaient incorporées au royaume d'Italie, les opérations du cadastre dans les unes et dans les autres furent continuées d'après les règles établies par ces nouveaux gouvernements.

Dans la Ligurie, réunie également à la France en 1804, on ne procéda à aucune opération de cadastre.

Les provinces ultramontaines et italiennes ayant été réunies sous le sceptre de la maison royale de Savoie, réintégrée dans ses droits souverains, il arriva que ces provinces se trouvèrent, sous le rapport du cadastre, dans trois positions différentes.

Quelques-unes ont le cadastre ancien qui, dans beaucoup de communes, est assez bien établi; d'autres ont le cadastre français ou du royaume d'Italie, qui repose sur des bases solides; d'autres enfin n'ont point de cadastre.

Cet état des choses, ayant rendu nécessairement très-inégale la répartition de l'impôt foncier, exigeait un remède que sollicitait ardemment le public.

Depuis la Restauration, le gouvernement ordonna le prélèvement annuel de quelques centimes additionnels pour former un fonds à l'effet de couvrir les dépenses nécessaires : aujourd'hui ce fonds dépasse quatre millions de livres et permet de songer sérieusement à l'exécution d'un projet annoncé par l'ordonnance royale du 18 novembre 1818.

Par arrêté du 28 janvier 1838, S. M. le roi Charles-Albert, voulant hâter la réalisation de ce projet important, a nommé une commission près le ministère des finances, pour préparer un projet de cadastre général, suivant un système uniforme.

Cette commission, présidée par le ministre, se compose de deux conseillers d'État (l'un de la section des finances, l'autre de l'intérieur), de l'avocat général près le tribunal d'appel du Piémont, du procureur général du roi, de l'intendant général des finances, etc. La commission devra faire son rapport au roi. Les sujets de Sa Majesté ont accueilli avec joie cette mesure du souverain. La commission nommée est composée d'hommes versés dans les matières financières et administratives : plusieurs possèdent même des connaissances techniques très-étendues. Il est par conséquent permis d'espérer que le pays sera doté prochainement d'un cadastre général et uniforme, adapté aux circonstances actuelles et aux besoins des habitants.

Notice sur M. Philippe Dupin.

Par M. J.-B. DUVERGIER, bâtonnier de l'ordre des avocats à la cour royale de Paris.

La mort de Ph. Dupin a été pour le barreau dont il était une des gloires, un sujet de profonde affliction. Son nom, son caractère, son talent l'avaient placé au premier rang; et chaque jour de nouveaux succès venaient assurer une position si justement acquise. Il était arrivé à l'âge mûr; mais sa vigoureuse organisation ne laissait point apercevoir qu'il eût passé le temps de la jeunesse : c'était la même force, la même activité, la même souplesse, que nous lui avions connues il y a trente ans, lorsqu'il entrait dans la carrière, sur les traces et sous le patronage de son frère aîné.

Les premières atteintes du mal auquel il a succombé ne se sont manifestées que pendant les vacances dernières. Avant de partir pour la Nièvre, son pays natal, dans lequel chaque année il revenait avec tant de bonheur, il avait éprouvé quelques légères indispositions, qu'une constitution moins robuste que la sienne eût facilement supportées : mais à son retour, au mois de novembre, une grave altération fut aperçue par ses confrères et ses amis : elle était un symptôme alarmant; elle fit naître de graves inquiétudes, et pourtant, personne ne s'arrêta à la pensée que sa vie fût en danger. Les médecins lui ordonnèrent le repos et lui conseillèrent de passer l'hiver en Italie : il partit, et soit qu'il eût un secret pressentiment de sa fin prochaine, soit seulement qu'il comprît que désormais il fallait renoncer au barreau, il était, en se séparant de nous, sous l'empire de la plus vive émotion.

Le soleil du Midi n'eut point l'heureuse influence qu'on avait espérée. Après avoir séjourné peu de temps à Nice, il s'avança jusqu'à Pise, où il mourut quelques jours après son arrivée. Il venait d'atteindre sa cinquantième année.

Les soins pieux d'un ami qui ne l'avait jamais quitté et de son

fils qui était accouru à la première nouvelle du danger, ramenèrent ses dépouilles mortelles à Clamecy, où elles devaient être déposées à côté de celles de son père.

Ses obsèques ont eu un caractère touchant, qu'on ne trouve pas toujours dans la pompe de ces solennités.

Les départements de l'Yonne et de la Nièvre y avaient envoyé leurs premiers fonctionnaires et de nombreuses députations; la ville de Clamecy tout entière se pressait dans l'église, et sur le passage du cortége funèbre; le barreau de Paris était accouru; c'est à nous surtout qu'avait appartenu Ph. Dupin : c'est au milieu de nous que sa vie s'est passée; qu'il a, par de grands services et de grands travaux, soutenu l'honneur d'un nom déjà célèbre. Nous étions ses amis, quelques-uns ont été ses émules : c'était pour nous un devoir douloureux, mais sacré, de le suivre jusqu'à sa dernière demeure.

Son cercueil a traversé une foule nombreuse pleine de recueillement et de tristesse. On s'agenouillait et l'on priait sur son passage; et au moment où il est descendu dans la tombe, il n'est pas de cœur qui ne se soit brisé; les plus fermes n'ont pu retenir leurs sanglots.

L'éclat que Ph. Dupin a jeté sur sa profession, le souvenir de ses triomphes, sa vie si honorable et si bien remplie, seront sans doute un jour retracés dans une de nos réunions solennelles. Ici, je n'ai voulu que rendre un public hommage à l'un des plus beaux talents qui aient illustré le barreau. Il m'a semblé que ce recueil dans lequel mes honorables amis et moi nous tâchons de faire faire quelques progrès à la science, dans lequel nous sommes heureux de signaler à l'attention publique tous les travaux utiles, et nous nous efforçons de recueillir tout ce qu'il y a d'intéressant, de bon et d'élevé dans le monde judiciaire, devait placer le nom de Ph. Dupin au rang qui lui appartient parmi ceux des plus grands avocats.

Son talent présentait des qualités qui sont rarement unies; il avait la force, la grâce, la vivacité, la justesse, la promptitude et le sang-froid; il savait être simple et orné, incisif et touchant; mais il avait au plus haut degré l'art de se rendre accessible à toutes les intelligences : doctrines élevées, théories délicates,

aperçus ingénieux, faits compliqués, déductions rigoureuses, difficiles analyses, tout sous sa main devenait lucide et net; après l'avoir entendu, on croyait savoir depuis longtemps ce qu'on venait d'apprendre. Il employait avec une sorte de prédilection les formules les plus répandues; il choisissait à dessein des exemples connus; il empruntait au langage familier les expressions les plus usitées; et avec ces moyens si simples en apparence, il arrivait à ce grand résultat de faire facilement comprendre ses pensées, et ce qui est mieux encore, d'y faire croire.

Lorsqu'il voulait toucher les cœurs, il se servait de procédés analogues à ceux qu'il mettait en usage pour convaincre l'esprit. Son émotion avait de la franchise, de la rondeur; par cela même elle était communicative.

Nul ne savait mieux que lui soutenir l'attention par la variété des tons : il excellait à mêler aux discussions sérieuses des traits piquants. Il ne se donnait pas toujours la peine de choisir parmi ceux qui lui arrivaient en abondance; il les présentait avec une verve et un abandon incomparables. Enfin, et c'était là le don le plus précieux qu'il eût reçu de la nature, il avait un bon sens exquis; c'est à sa raison ferme, droite, sûre, qu'il a dû ses plus heureuses inspirations, ses plus beaux mouvements, ses traits les plus incisifs; c'est par la rectitude de son esprit qu'il a été surtout un homme éminent.

Les affections qu'il avait inspirées et les profonds regrets qu'il a laissés sont le plus bel éloge de son caractère. Il a toujours montré une vive affection pour son pays, pour sa famille et pour sa profession. Les cœurs généreux peuvent seuls comprendre et éprouver de pareils sentiments.

J.-B. DUVERGIER.

CHRONIQUE.

Angleterre. La chambre des communes a adopté le bill ayant pour but la sécurité des personnes et des propriétés en Irlande. La même chambre a procédé à la deuxième lecture du bill qui supprime les dernières incapacités politiques des catholiques (*roman catholic relief bill*) et du bill relatif à l'importation des céréales.

Brunswick. Le gouvernement a refusé de nouveau d'accorder sa sanction à la résolution des États tendant à supprimer les entraves mises à la publicité des séances des mêmes États.

Danemark. Le conseil d'État délibère sur un projet de loi relatif à la presse.

Espagne. Une ordonnance royale du 14 mars contient des dispositions rigoureuses pour la répression des écarts de la presse, et particulièrement de la presse périodique. Une autre ordonnance proroge provisoirement la session des cortès.

États-Unis. L'incorporation définitive du Texas aux États-Unis a eu lieu le 15 février à Austin. Deux discours ont été prononcés à cette occasion : l'un par M. Jones, qui a abdiqué la présidence de l'ancienne république; l'autre par M. Henderson, qui est entré en fonctions comme gouverneur du nouvel État.

Nassau (Duché de). La session des États a été ouverte le 14 mars. Le discours d'ouverture annonce que les besoins de l'État n'exigent point, pour l'année courante, la perception de la somme totale des contributions publiques.

Prusse. La nouvelle maison de détention, construite d'après le système cellulaire, à Berlin, est sur le point d'être occupée par les détenus. Cette maison servira d'essai pour l'application du système cellulaire.

Saxe (Royaume de). Dans les débats du nouveau Code d'instruction criminelle, la seconde chambre des États a voté en faveur du principe de la publicité des audiences des tribunaux ; mais la première chambre a rejeté ce même principe.

La première chambre discute un projet de loi sur la répression des émeutes.

Suède et Norwège. Le gouvernement a nommé une commission composée de quatorze membres, présidés par le ministre de la justice et pris parmi les différents ordres des États, pour préparer le projet d'une nouvelle représentation nationale.

Suisse. *Zurich.* Le grand conseil discute un projet de loi concernant la répression de la secte des communistes.

Turquie. Une ordonnance qui vient d'être publiée contient de nouveaux développements des principes indiqués dans la charte de Gulhané : elle établit l'égalité civile et politique entre les races qui composent la population de l'empire. Il est défendu aux musulmans de traiter les raïas de Giaours, d'employer à leur égard aucune expression blessante; il leur est recommandé de les regarder et de les traiter comme des frères. Les raïas seront admis, dorénavant, à témoigner contre les Turcs de la même manière que les Turcs témoignent contre les chrétiens et autres sujets de la Porte.

France. *Le Bulletin des lois* publie une ordonnance à la date du 2 mars, qui a pour objet l'exécution de l'article 12 de la loi du 17 juin 1840 : elle détermine les conditions auxquelles pourront être autorisés l'enlèvement, le transport et l'em-

ploi en franchise ou avec modération de droits du sel de toute origine, des eaux salées ou des matières salifères à destination des exploitations agricoles. Aux termes de l'article 1er, « le droit sur les sels, fixé à trois décimes par kilogramme, par l'article 25 de la loi du 17 décembre 1814, est réduit à cinq centimes pour les sels destinés à l'alimentation des bestiaux, sous les conditions que ces sels seront mélangés, etc. » — Une autre ordonnance, en date du 10 mars, règle les conditions auxquelles les huiles de graines grasses, à l'état brut, pourront être extraites temporairement des entrepôts, à l'effet de les épurer, et à la charge par les déclarants, soit de les réexporter, soit de les rétablir en entrepôt.

Le nouvel uniforme des légions de la garde nationale de Paris et de la banlieue est déterminé par une ordonnance du 16 mars. Deux autres ordonnances du 23 du même mois ont pour objet, l'une la publication de la convention postale, conclue et signée à Carlsruhe, le 10 février 1846, entre la France et le grand duché de Bade; l'autre, la répartition du centime de non-valeur.

Le *Moniteur* publie, d'après le *Journal général de l'instruction publique*, les statuts de la caisse de secours mutuels des anciens élèves de l'École normale. Ces statuts ont été soumis à M. le ministre de l'instruction publique, et à M. le ministre de l'intérieur, qui les ont approuvés. En voici les principales dispositions : « Art. 1er. Les anciens élèves de l'École normale se réunissent pour fonder une caisse de secours mutuels en faveur de ceux d'entre eux qui pourraient avoir besoin d'assistance. Les veuves et les enfants des sociétaires seront admis à participer aux secours. — Art. 2. Par exception, et sur la demande d'un sociétaire, des secours pourront être accordés à d'autres membres de la famille ou même à des personnes étrangères qui seront considérées comme ayant tenu lieu de parents. — Art. 3. Le minimum de la cotisation annuelle est fixé à 10 fr. — Art. 4. La caisse sera administrée par un conseil composé de quinze anciens élèves, élus à la pluralité des suffrages, dans la réunion générale qui aura lieu chaque année le premier jeudi de septembre. Les administrateurs choisiront parmi eux un président, un vice-président, un secrétaire, un vice-secrétaire et un trésorier. — Art. 7. Toute demande de secours devra être faite et motivée par écrit, et adressée au secrétaire qui en saisira le conseil dans le plus bref délai. — Art. 9. Le trésorier demeurera chargé des fonds dont il ne pourra disposer qu'en vertu d'une délibération du conseil et sur un mandat signé du président et du secrétaire. — Art. 12. En cas de dissolution de l'association, les fonds libres seront appliqués par le conseil d'administration chargé de la liquidation, à l'œuvre pour laquelle l'association a été instituée. »

La chambre des pairs a adopté les projets de loi sur les dessins de fabrique, les fonds secrets, les marques de fabrique. Voici les principales dispositions de ce dernier projet : — Art. 1er. Tout manufacturier ou commerçant a le droit d'apposer des marques particulières sur les produits de sa fabrique ou sur les objets de son commerce. Les emblèmes, dénominations, empreintes, timbres, cachets, vignettes, reliefs, lettres, chiffres, enveloppes, et tous autres signes servant à distinguer les produits d'une fabrique ou d'une maison de commerce, sont considérés comme des marques. — Art. 2. Quiconque voudra s'assurer la propriété d'une marque distinctive devra préalablement en déposer deux exemplaires au greffe du tribunal de commerce de son arrondissement. La date de ce dépôt constituera le point de départ des droits du déposant. — Art. 3. Indépendamment du dépôt prescrit par l'article qui précède, les fabricants soumis à la juridiction d'un conseil de prud'hommes seront tenus de déposer un exemplaire au secrétariat

de ce conseil. — Art. 5. Nul ne pourra employer une marque distinctive déjà adoptée par un autre fabricant ou commerçant.

Les articles 6 et 7 autorisent les fabricants à inscrire sur leurs produits le nom du lieu de leur fabrication, mais en ajoutant à cette indication leur maison de commerce ou la désignation particulière de leur établissement. Ils ne peuvent inscrire le nom d'un lieu autre que celui de leur fabrication. L'article 8 déclare la loi applicable aux vins, eaux-de-vie, farines et autres produits de l'agriculture ayant subi une transformation industrielle.

Le titre 2 traite des pénalités et de la juridiction. Les peines consistent dans une amende de 100 à 2,000 francs, un emprisonnement d'un mois à un an, et la confiscation des produits ainsi que celle des instruments ou ustensiles ayant servi à commettre le délit. L'amende et l'emprisonnement peuvent être doublés en cas de récidive. L'application de l'article 463 du Code pénal est autorisée.

Les actions civiles relatives aux marques de fabrique ou de commerce sont portées devant les tribunaux de commerce. Néanmoins, les contestations sur les marques de fabrique qui, aux termes du titre 2 du décret du 20 février 1810, doivent être d'abord soumises aux conseils de prud'hommes, continueront à subir ce préliminaire de conciliation (art. 15). L'action pour l'application des peines est portée devant le tribunal correctionnel. Si le prévenu soulève pour sa défense des questions relatives à la propriété de la marque, le même tribunal statuera sur l'exception (art. 16).

Aux termes des articles 19, 20 et 21, les étrangers jouiront du bénéfice de la loi pour les produits de leurs établissements situés en France. Ils n'en jouissent, pour leurs établissements situés à l'étranger, qu'autant que la réciprocité aura été accordée aux Français par les lois de la nation à laquelle ces étrangers appartiennent. Dans ce dernier cas, le dépôt des marques étrangères aura lieu exclusivement au greffe du tribunal de commerce du département de la Seine.

L'article 23 dispose qu'il n'est rien innové en ce qui concerne les marques spéciales imposées pour la garantie publique, et notamment pour l'exécution des lois de douanes, les matières d'or et d'argent et les armes à feu.

La chambre des députés a adopté les projets de loi relatifs à la perception de l'impôt sur le sucre indigène, — au règlement de la police des pêcheries dans la Manche, entre la France et l'Angleterre, — à la conservation des sources d'eaux minérales, — à l'achèvement du canal de la Marne au Rhin, du canal latéral à la Garonne, du port de Saint-Malo et du port maritime de Caen, — à la demande d'un crédit pour le payement du semestre des intérêts de l'emprunt grec, — à un appel de 80,000 hommes sur la classe de 1846, — à un crédit additionnel pour l'inscription des pensions militaires en 1846, — à deux modifications dans les droits de douanes, en conformité du traité de commerce du 13 décembre 1845, passé entre la France et la Belgique. — Elle a adopté également les propositions de MM. Demousseaux de Givré et Jacqueminot, concernant : la première, les droits d'octroi à percevoir sur les bestiaux à leur entrée dans les villes; la seconde, certaines additions à introduire dans la loi du 22 mars 1831, sur la garde nationale. — Elle a rejeté la proposition de M. de Rémusat, relative aux incompatibilités en matière électorale. Enfin elle a rejeté la prise en considération d'une proposition de M. Remilly, qui avait pour objet l'établissement d'une taxe sur les chiens.

Est-il vrai de dire qu'en France la loi soit athée?

Par M. E. BONNIER, professeur à la faculté de droit de Paris.

Il est toujours dangereux de laisser circuler, sans les combattre, de prétendues maximes de droit, qui auprès de bien des esprits finissent par se transformer en axiomes. Présentée sous une forme qui lui permet de se graver aisément dans la mémoire, une idée fausse se propage trop souvent avec une déplorable facilité. Ce danger est surtout sensible, quand il s'agit des points les plus essentiels de notre droit public.

On a dit une fois avec plus d'énergie que de justesse : *la loi est athée;* et ces paroles ont été accueillies avec empressement et répétées avec affectation par tous ceux qui ne peuvent admettre sans défiance le principe moderne de la liberté religieuse. Tout récemment encore, un de nos prélats les plus distingués [1] vient de faire de cette maxime devenue célèbre le texte de plaintes assez vives et assez amères contre la tendance de notre législation.

Si l'athéisme était en effet la base de nos lois, l'autorité spirituelle n'aurait pas assez d'anathèmes contre un pareil état social; car nous serions moins avancés aujourd'hui, sous le rapport des idées religieuses, qu'on ne l'était à l'époque de la Convention, puisque cette assemblée elle-même proclamait (décret du 18 floréal an II) *l'existence de l'Être suprême et l'immortalité de l'âme.* Il est vrai que certains philosophes du dernier siècle ont rêvé une société abolissant toute espèce de culte, et conciliant l'athéisme avec la morale la plus pure. Mais, franchement, est-ce bien là le régime sous lequel vit notre société française?

A cette assertion : *la loi est athée*, on peut faire deux réponses péremptoires. L'une, c'est que, notre législation fût-elle en réalité complétement indifférente en ce qui concerne les divers cultes

[1] Voir le mandement publié par M. l'évêque d'Orléans à l'occasion du carême.

qui peuvent s'exercer en France, il serait injuste de l'accuser pour cela d'athéisme.

La seconde réponse, plus décisive encore, c'est qu'en réalité elle n'a point cette indifférence absolue que lui prêtent ses détracteurs. La loi est spiritualiste, elle est chrétienne, elle est même en harmonie avec les prescriptions les plus importantes de la religion catholique. Aller au delà, ce serait confondre l'ordre spirituel avec l'ordre temporel, ce serait revenir à la funeste doctrine d'une *religion de l'État*.

Plaçons-nous d'abord sur le terrain de ceux qui déclarent la loi athée. Ils supposent évidemment un état social qui est loin d'être le nôtre, où il y aurait séparation complète de l'Église et de l'État. Eh bien! prêtons-nous un moment à cette supposition, et nous allons voir que leur assertion ne sera pas moins fausse. Qu'entendent-ils par athéisme, dans le sens de leur prétendue maxime? Évidemment ils ne peuvent avoir en vue le véritable athéisme, l'athéisme philosophique, qui nie systématiquement l'existence de Dieu. Puisque, dans ce système, la loi ne s'attache à aucune opinion religieuse, elle n'est pas plus athée que déiste, pas plus déiste que chrétienne; elle se place purement et simplement en dehors des questions de l'ordre spirituel. Ce système peut être bon ou mauvais en législation, mais à coup sûr ce n'est point de l'athéisme. Et ce qu'il y a de remarquable, c'est que les écrivains distingués qui se sont prononcés de nos jours en faveur de cette séparation absolue de l'ordre spirituel d'avec l'ordre temporel, sont précisément au nombre des hommes de notre génération qui attachent le plus de prix aux croyances religieuses. Tout ce que l'on veut dire, en accusant la loi d'être athée, c'est qu'elle professe une sorte d'athéisme pratique. En voyant avec indifférence les hommages extérieurs rendus à la Divinité, le législateur semblerait agir comme s'il ne croyait pas à son existence.

Les partisans de la séparation complète de l'Église et de l'État ne seront pas embarrassés pour répondre à ce reproche. Ils diront que l'État n'étant qu'un être moral, une collection d'intérêts, ne peut avoir de conscience ni d'opinion en matière religieuse. Il admet tous les cultes, mais il n'en professe aucun.

N'ayant d'autre mission que celle de diriger les intérêts civils de la société, il n'est ni religieux ni irréligieux, il se déclare purement et simplement incompétent pour tout ce qui touche aux matières spirituelles. On fait observer, à l'appui de cette théorie, que nous ne sommes plus au temps de l'ancienne monarchie, où la nation se personnifiait dans un prince, où Louis XIV pouvait dire : *l'État, c'est moi*. On pouvait peut-être alors accuser, avec quelque apparence de raison, la loi de professer telle ou telle opinion; car la loi ressemblait beaucoup au bon plaisir du monarque. Mais aujourd'hui que l'État n'est plus qu'un être collectif, de pareilles plaintes sont un véritable anachronisme. A cette assertion aussi fausse que choquante : *la loi est athée*, il faudrait substituer, dans ce système, cette proposition bien plus raisonnable : *la loi est incompétente en matière religieuse*.

Ainsi, lors même que l'État se placerait complétement en dehors de toute opinion religieuse, il serait injuste de l'accuser pour cela d'athéisme. Mais combien cette accusation n'est-elle pas plus mal fondée encore, quand on l'applique à une législation comme la nôtre, où se trouvent consacrées les croyances spiritualistes, les mœurs chrétiennes, qui fait même une large part, dans ses prescriptions, aux règles les plus importantes de la religion catholique?

Et d'abord le législateur français, loin de professer l'athéisme, le met pour ainsi dire hors la loi. Consacrer le serment, n'est-ce pas admettre implicitement, mais bien clairement, la croyance à l'existence de Dieu et à l'immortalité de l'âme? Eh bien ! nos lois ont recours fréquemment à cette mesure, qui ne serait qu'une formalité vide de sens, si elle ne supposait la crainte d'une peine réservée à celui qui se serait joué de la Divinité. Si quelqu'un chez nous refusait de prêter serment [1], parce qu'il n'aurait aucune croyance religieuse, il se trouverait dans l'impossibilité de remplir aucune des nombreuses fonctions qui supposent la prestation de serment, il ne pourrait jamais devant les tribunaux en être cru sur sa déclaration, dans les contestations douteuses où la loi

[1] Nous ne parlons pas de la forme. Les quakers, les anabaptistes sont admis à *affirmer en leur âme et conscience*, au lieu de prêter un serment proprement dit. Mais cette affirmation est toujours un acte religieux, bien que moins solennel.

autorise l'appel fait à la conscience des plaideurs par la partie adverse ou par le juge. Ce n'est pas tout encore : le nom de la Divinité est expressément invoqué tous les jours dans le sanctuaire de la justice. Toutes les fois que le chef du jury prononce le verdict solennel qui va décider de la vie, de l'honneur, de la liberté d'un de ses concitoyens, il commence par invoquer, à l'appui de sa déclaration, le témoignage le plus élevé : *sur mon honneur et ma conscience, devant Dieu et devant les hommes*, etc. (Code d'instr. crim., art. 348.) Ainsi cette loi prétendue athée oblige le jury à s'appuyer en quelque sorte sur Dieu lui-même dans l'exercice de ses redoutables fonctions. Elle considère donc l'athéisme comme moralement impossible. Chose étrange! Si quelqu'un pouvait être fondé à réclamer, ce serait bien plutôt l'athée, en supposant qu'il osât s'avouer tel, puisque le pouvoir social oblige à professer l'existence de Dieu celui qui veut exercer les droits les plus importants. Pareille réclamation ne devrait sans doute pas être accueillie : il ne faut pas tenir compte de déplorables exceptions. Mais alors comment peut-on, sans un malheureux abus de langage, signaler à l'opinion publique comme athée une législation qui semble, au contraire, ne point prévoir l'athéisme, comme autrefois Solon avait refusé de prévoir le parricide?

La loi n'est pas seulement spiritualiste dans ses tendances, elle est en harmonie avec les mœurs chrétiennes, et elle accorde aux cultes chrétiens une protection toute spéciale. Ainsi, chez nous, la constitution du mariage, qui est la base de la famille comme de la société, n'est-elle pas conforme aux prescriptions du christianisme? La polygamie n'est-elle pas proscrite? Les dispositions du Code civil sur cette matière, notamment en ce qui touche les empêchements fondés sur la parenté ou l'alliance, ne sont-elles pas, en grande partie, empruntées à la loi religieuse? Ouvrons la Charte constitutionnelle, et nous y verrons l'entretien des cultes chrétiens considéré comme un véritable service public. Après avoir posé le principe de la liberté religieuse (art. 5), la Charte accorde aux cultes chrétiens une protection toute particulière en ajoutant (art. 6) :

« Les ministres de la religion catholique, apostolique et ro-

» maine, professée par la majorité des Français, et ceux des » autres cultes chrétiens reçoivent des traitements du trésor pu- » bic. »

Voilà, il faut en convenir, une singulière profession d'athéisme de la part du législateur! Il est vrai qu'en vertu d'une loi du 8 février 1831, les ministres du culte israélite reçoivent aussi un traitement du trésor. Mais, sans vouloir insister ici sur le caractère tout spécial du judaïsme, qui a été en quelque sorte le berceau de notre religion, il est essentiel d'observer que la subvention accordée au culte israélite ne se rattache qu'à une loi qui peut être abrogée, tandis qu'il faudrait violer la Charte pour abolir l'entretien des cultes chrétiens par l'État. Faire de cet entretien une obligation constitutionnelle, n'est-ce pas proclamer le christianisme une institution sociale, et ériger en principe de droit public la protection des croyances consacrées par cette religion?

Enfin la loi est en harmonie avec les prescriptions les plus importantes de la religion catholique, reconnue par notre pacte constitutionnel comme la religion *de la majorité des Français*. Les rapports de l'Église catholique avec l'État reposent sur un traité solennel conclu entre le pouvoir civil et le Saint-Siége. Partout on retrouve la trace dans nos lois de cette précieuse union, gage de paix et pour l'État et pour l'Église : la dispense du service militaire accordée aux jeunes gens qui se vouent au ministère sacré, l'adoption par notre législation du calendrier grégorien, le repos des fonctionnaires publics et l'interdiction des actes d'exécution judiciaire dans les jours qui sont consacrés comme *jours fériés* par la religion catholique! Faut-il rappeler les allocations importantes consacrées chaque année, soit à l'entretien du clergé [1], soit à la construction et à la réparation des églises? Et ces églises mêmes, témoignage de l'art chrétien et de la piété de nos pères, n'appartiennent-elles pas généralement à l'État ou aux communes? Sans doute les pompes et les

[1] Loin de trouver le traitement du clergé trop considérable, nous nous unissons de tous nos efforts à ceux qui réclament l'amélioration si désirable du sort des desservants dans les communes rurales. Mais, s'il est juste que l'État assure au clergé une position convenable, il est juste aussi que le clergé conserve toujours vis-à-vis de l'État une attitude de dignité et de modération.

splendeurs du culte ne sont point indispensables à la religion. Ne semble-t-il pas cependant que quelque chose de la foi catholique elle-même s'attache à ces admirables monuments où elle a été professée par tant de générations? Eh bien! chaque fois que les fidèles s'y rassemblent, chaque fois que la majesté du culte s'y déploie, n'y a-t-il point, par cela même, acte de protection et de sympathie pour la religion de la majorité des Français, de la part du pouvoir auquel appartiennent ces vénérables édifices? Actuellement même, des sommes considérables sont employées par le gouvernement à la restauration d'un des chefs-d'œuvre de l'architecture gothique, de Notre-Dame de Paris. Le moment, il faut l'avouer, est bien mal choisi pour accuser la loi d'athéisme!

Où veulent donc en venir ceux qui font entendre ces plaintes? Rêveraient-ils le rétablissement d'une *religion de l'État?* Mais comment concevoir, dans nos idées modernes, que l'État, être moral, appelé à représenter les Français de toute opinion et de tout culte, puisse professer une religion exclusive? L'expérience a été faite sous la restauration. Conséquence déplorable mais logique de ce système, la loi du sacrilége est venue appeler le bras séculier à la défense du dogme religieux. La piété a été considérée comme un moyen d'avancement dans l'ordre politique. Qu'y a gagné le gouvernement engagé dans cette voie? Qu'y a gagné l'Église catholique? La restauration a succombé, et l'accusation d'intolérance religieuse a été un des griefs qui ont le plus fortement contribué à préparer sa chute. L'Église ne pouvait pas périr; mais combien n'a-t-elle pas souffert de la solidarité qu'elle semblait avoir contractée, en identifiant la cause du *trône* et celle de l'*autel*, solidarité qui tendait à éloigner les esprits indépendants d'un culte trop souvent travesti par l'hypocrisie en instrument politique! Depuis la révolution de juillet, au contraire, la suppression de la *religion de l'État* a tari un ferment de discordes et rendu la paix au sanctuaire. C'est en grande partie à cette cause qu'il faut attribuer le retour aux idées religieuses qui s'est opéré chez bien des esprits. Malheureusement, dans ces dernières années, un violent débat est venu entraver ce mouvement si désirable, et compliquer de nouveau les relations de l'Église avec l'État. Les organes de la religion catholique ont réclamé l'exécu-

tion d'une promesse de la Charte, la liberté d'enseignement, essentiellement unie à la liberté religieuse. Ces réclamations étaient parfaitement fondées en principe; mais l'esprit de parti ne tarda point à envenimer la discussion, et bientôt l'exagération et l'insulte discréditèrent une cause qui était pourtant celle des intérêts les plus sacrés. Certains hommes, dont le zèle est plus ardent qu'éclairé, ont poussé et poussent encore le clergé français dans les voies d'une opposition systématique. Ce sont ces hommes qui, afin de discréditer le pouvoir civil, affectent de répéter la calomnie que nous venons de réfuter, le prétendu athéisme de la loi.

Qu'il nous soit permis en terminant, à nous qui sommes également attaché et à la religion et à l'ordre social, d'indiquer la marche que nous voudrions voir adopter dans les circonstances actuelles par les représentants des deux grands intérêts entre lesquels les passions anarchiques voudraient susciter une collision funeste. Que le gouvernement accueille enfin les justes réclamations de la liberté religieuse, ainsi qu'il semble disposé à le faire aujourd'hui, qu'il exécute loyalement la promesse de la Charte. Mais, plus il sera juste, plus il acquerra le droit d'être ferme. Que, sans jamais empiéter sur le domaine spirituel, il sache faire respecter les lois du pays, et se tenir en garde contre certaines tendances théocratiques, dont l'exemple d'un pays voisin doit lui faire sentir le danger. Que le clergé, de son côté, comprenne le véritable intérêt de la religion, et que, repoussant à la fois les deux excès de la servilité à l'égard du pouvoir et d'une opposition factieuse [1], il se borne à réclamer la liberté sous la protection de l'État. Que, fermant l'oreille aux dangereux conseils de ceux qui voudraient le pousser à de fâcheuses extrémités dans un intérêt tout autre que celui de la religion, il se rallie franchement à notre organisation politique et sociale; et le mouvement religieux, un instant ralenti, reprendra une force nouvelle, pour devenir un puissant auxiliaire de tous les progrès de notre civilisation.

E. BONNIER.

[1] C'est ici le lieu de rappeler ces belles paroles de Tacite (*Hist.*, liv. I, § 1): *Adulationi fœdum crimen servitutis, malignitati falsa species libertatis inest.*

De la nature et des effets généraux de la subrogation.

Par M. Frédéric MOURLON, avocat à la cour royale de Paris, docteur en droit.

Septième article. — *V.* t. I, p. 525 et 805; t. II, p. 161, 260, 738 et 888.

Dans un premier système, celui que nous avons adopté, la subrogation a été définie une *cession fictive*, par suite de laquelle une créance éteinte au moyen d'un payement effectué par un tiers, ou par le débiteur avec l'argent d'un tiers, est regardée comme continuant d'exister au profit de ce dernier, qui peut l'exercer à l'effet de recouvrer par elle tout ce que lui a coûté la libération du débiteur.

Nous passons maintenant au développement et à la critique des autres systèmes.

Deuxième système. — *La subrogation est l'attribution des* ACCESSOIRES *de l'ancienne créance, éteinte par le payement que fait un tiers, à une nouvelle créance, née du payement même ou du contrat de prêt qui a procuré au débiteur les deniers avec lesquels il s'est libéré.*

La cession ou vente de la créance est un marché, qui intervient entre le créancier qui dispose de son droit et le cessionnaire qui lui en paye le prix.

La dette dont le créancier reçoit le payement n'est pas celle du débiteur. Le cessionnaire acquitte l'obligation qu'il a contractée par l'achat de la créance. Ce qu'il paye, c'est le prix de son acquisition; il paye *tanquam emptor*, et le créancier reçoit *tanquam venditor*. Ainsi le débiteur cédé n'a pas été libéré, car sa dette n'a été acquittée ni par lui ni par un autre. L'effet de la cession se réduit donc à changer la personne du créancier sans libérer le débiteur. Le droit cédé passe au cessionnaire avec toutes ses qualités, toutes ses prérogatives, tel qu'il était dans la personne du cédant. Rien n'est changé si ce n'est la personne du créancier.

La nature et les résultats de la subrogation sont bien différents.

Le payement de la dette d'autrui est, de la part de celui qui le fait, un acte de bienfaisance. Aucun marché n'intervient entre lui et le créancier qu'il désintéresse; il paye pour le compte du débiteur, *ce que doit le débiteur*. Il le libère par conséquent, car il est de la nature et de l'essence d'un payement d'éteindre l'obligation qui lui sert de cause.

Ainsi le subrogé agit non pas pour *acquérir* la créance, mais *pour l'éteindre*.

Toutefois, en éteignant la créance originaire, il a géré et géré utilement l'affaire du débiteur, ce qui le constitue créancier de tout ce qu'il a déboursé pour sa libération. Une créance nouvelle est née du payement qui a éteint la créance primitive; et c'est pour en assurer l'exécution que la convention des parties, ou la loi pour elles, transporte au nouveau créancier les priviléges, hypothèques et cautionnements, qui servaient de garantie au créancier désintéressé.

De même qu'en matière de novation les parties peuvent, par une clause expresse, faire passer les accessoires de l'ancienne créance à celle qu'on lui substitue, de même ici les parties, ou la loi pour elles, détachent toutes les garanties de la créance que le payement va éteindre, pour en investir le droit nouveau qui va naître.

Il y a donc ici plus qu'une mutation de personnes, plus qu'une substitution d'un créancier à un autre; un changement s'est opéré dans la nature même de la créance, un droit tout nouveau a succédé à l'ancien, mais muni de toutes les sûretés du droit qui n'est plus.

En d'autres termes, le subrogé agit contre le débiteur, ou par l'action de mandat, ou par l'action de gestion d'affaire, ou par l'action de prêt, etc.; mais l'action qu'il exerce de son chef est protégée par les accessoires qui servaient de sûreté à celle qui a été éteinte par le payement.

Cette théorie de la subrogation est, dans son principe, directement contraire à celle que nous avons suivie : car, tandis que celle-ci reconnaît au profit du subrogé la survie de la créance, la première la déclare éteinte.

L'une transporte au subrogé, afin d'assurer son recours, la

créance elle-même avec tous ses accessoires, de quelque nature qu'ils soient, avec toutes ses modalités [1], toutes ses qualités utiles (V. *Revue*, 1844, t. I, 11ᵉ livraison, pages 815 et suiv.); l'autre en détache certains accessoires seulement pour en investir le droit nouveau qui naît, soit du quasi-contrat de gestion d'affaire, soit des contrats de mandat ou de prêt.

Les conséquences pratiques seront différentes suivant qu'on se placera dans l'une ou l'autre théorie. Toutefois la diversité des principes qui leur servent de bases n'empêche pas qu'elles ne se rencontrent sur beaucoup de points; il sera donc intéressant de rechercher quelles sont les conséquences qui leur sont communes et celles qui leur sont propres. Là-dessus tout peut être dit en quelques mots :

I. Points sur lesquels les deux théories se rencontrent.

La subrogation, considérée comme simple attribution de certains accessoires de la dette acquittée à la dette nouvelle qui la remplace, *ressemble* à la subrogation considérée comme cession fictive de la créance elle-même, dans tous les points où la cession fictive *diffère* de la cession réelle.

Ainsi, dans les deux systèmes :

1° Tel qui ne peut pas vendre une créance peut néanmoins, lorsqu'il a capacité de donner bonne et valable quittance, recevoir le payement et subroger celui qui le paye (V. *Revue*, 1844, t. I, 11ᵉ livraison, pages 537 et 538);

2° Le créancier qui subroge n'est pas, comme le cédant, garant de l'inexistence de la dette (*ibid.*, pages 538 et 539);

3° Les formalités rigoureuses de l'article 1690 ne sont pas applicables au cas de subrogation (*ibid.*, page 539);

4° Le créancier hypothécaire ou privilégié peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû par préférence au subrogé dont il n'a reçu qu'un payement partiel (*ibid.*, pages 539-543);

5° Le subrogé qui obtient une quittance intégrale moyennant

[1] Sauf l'alternativité, la solidarité quand le subrogé est l'un des débiteurs solidaires, l'indivisibilité autre que l'indivisibilité *solutione tantum*. V. *Revue*, 1844, t. I, 11ᵉ livr., p. 813.

une somme inférieure au chiffre de la dette ne peut rien obtenir au delà de ce qu'il a payé (*ibid.*, pages 805 et suiv.);

6° Le 5 pour 100 est le maximum de son droit aux intérêts, quand même la dette originaire serait commerciale [1] ou contractée avant la loi du 3 septembre 1807 (*ibid.*, pages 805 et suiv.);

7° Un tuteur peut avec son propre argent payer la dette de son pupille et requérir la subrogation, quoique l'article 450 lui défende d'acheter une créance contre le mineur (*ibid.*, pages 808 et suiv.);

8° Le subrogé ne peut obtenir que le genre de valeur dont il est créancier de son chef (*ibid.*, pages 812 et suiv.);

9° L'enregistrement doit percevoir non le droit de cession, mais le droit de quittance (*ibid.*, pages 814 et 815);

10° Le débiteur ne peut pas, en général, opposer au subrogé les mêmes prescriptions qu'il aurait pu faire valoir contre le créancier originaire (*ibid.*, pages 814 et 815);

11° Le subrogé, mandataire ou prêteur de fonds, n'a pas à craindre les exceptions ou fins de non-recevoir qui étaient opposables à l'ancien créancier (*ibid.*, page 815).

Les motifs qui, dans le premier système, justifient toutes ces décisions, les justifient *à fortiori* dans le second.

II. Points sur lesquels les deux théories se séparent.

La subrogation, simple attribution des accessoires de l'ancienne créance, *diffère* [2] de la subrogation considérée comme cession fictive de la créance, dans tous les points où la cession fictive *ressemble* à la cession proprement dite.

Ainsi, la solidarité [3], l'indivisibilité *solutione tantum*, la clause pénale, la contrainte par corps, les droits de résolution, de re-

[1] Sauf, bien entendu, le cas où le payement constitue une gestion *commerciale*, comme le payement d'une lettre de change fait par un tiers intervenant (*V.* art. 158 et 159 C. comm.).

[2] Si ce n'est pourtant quant aux priviléges, hypothèques ou cautionnements qui, dans tous les systèmes, passent de l'ancien au nouveau créancier.

[3] La solidarité est éteinte lorsque le subrogé est l'un des débiteurs solidaires (C. civ., art. 1213).

vendication, de saisie en dehors des formes ordinaires, le titre exécutoire, l'élection de domicile et l'indication d'un lieu où le payement doit être effectué, la compétence du tribunal, la clause par laquelle il a été convenu que le débiteur serait en demeure par la seule échéance du terme, et sans qu'il soit besoin d'acte, la défense faite aux juges d'accorder aucun délai à ceux qui sont poursuivis en vertu d'une lettre de change, toutes les modalités, toutes les qualités utiles de la créance, toutes les prérogatives qui, dans la cession fictive, passent au subrogé comme à un cessionnaire ordinaire (V. *Revue*, 1844, t. I, 11e livraison, pages 815 et suiv.), s'éteignent avec la créance, dans le système qui ne voit dans la subrogation rien autre chose que la conservation, au profit de la nouvelle créance, des priviléges, hypothèques ou cautionnements de la dette acquittée.

On voit combien il importe de prendre parti entre les deux systèmes. Celui que nous combattons a eu, et compte encore parmi les jurisconsultes les plus éminents, de nombreux partisans. Ce système pourtant, je le démontrerai bientôt, n'est qu'une doctrine purement arbitraire, qui n'a d'appui dans aucun texte de loi écrite, que rien ne justifie, ni l'intérêt si légitime du crédit public, ni l'autorité de l'histoire. Ce qui a fait la force et la durée de son succès, c'est qu'il a été mal attaqué d'abord. Les arguments qu'on a invoqués contre lui étaient pour la plupart mal fondés ou peu décisifs.

Ainsi, suivant M. Duranton, t. XII, n° 117, à la note, c'est violer les vrais principes du droit que de considérer comme encore existants les accessoires d'une dette qu'on déclare éteinte; il n'y a pas en effet d'accessoire là où il n'y a plus de principal, et il est juridiquement impossible de substituer à l'ancienne action l'action *negotiorum*, pour servir de base aux accessoires d'une autre dette qui a cessé d'exister.

Non, a-t-on répondu, il n'est pas impossible que les accessoires d'une dette acquittée soient conservés pour la garantie d'une autre dette; ce résultat n'a rien de contraire aux vrais principes du droit, car, loin que la loi le défende, elle le permet au contraire expressément. C'est ainsi, en effet, qu'aux termes bien positifs de l'article 1278, les accessoires de la dette qu'on éteint

par novation peuvent servir de garantie à la dette qui naît de la novation même. C'est précisément ce qui se passe dans la subrogation : le payement, comme la novation, éteint la dette ; mais la convention des parties, ou la loi pour elles, conserve pour la garantie du recours du nouveau créancier les accessoires de la dette qu'il a acquittée de son propre argent.

D'autres ont attaqué le système, non plus en contestant le principe qui lui sert de base, mais en s'efforçant d'en démontrer la fausseté par l'injustice et l'inconséquence de ses résultats. Dans ce système, a-t-on dit, la subrogation peut *aggraver* tout à la fois, la position du débiteur, celle de ses cautions, et aussi celle de ses créanciers. Ne peut-il pas, en effet, arriver que l'action personnelle du subrogé soit plus étendue que celle du créancier originaire? Ainsi, lorsqu'une dette non productive d'intérêts est acquittée par une caution, celle-ci peut répéter, outre le capital : 1° les frais du payement; 2° les intérêts de ses déboursés; 3° les autres dommages-intérêts résultant du retard que le débiteur apporte à la rembourser de ce qu'elle a dépensé pour lui (*V.* art. 2028). Dans cette hypothèse, la subrogation nuira au débiteur, à ses créanciers chirographaires et même à ses créanciers hypothécaires dans un rang inférieur au créancier désintéressé, puisqu'elle aura pour résultat d'attacher des priviléges et hypothèques à une créance beaucoup plus étendue que celle qu'ils garantissaient primitivement (*V.* M. Ponsot, *Traité du cautionnement*, page 291 [1]).

Si les choses devaient se passer comme on l'indique ici, l'objection serait pleinement démonstrative : car la subrogation reposant sur cette idée, *qu'elle profite à tous sans nuire à personne*, tout système qui a pour résultat de la rendre préjudiciable à quelqu'un doit nécessairement être rejeté.

Mais le préjudice dont on argumente est purement imaginaire, uniquement inventé pour servir de base à une objection. En effet, lorsque l'obligation nouvelle est plus étendue que l'ancienne, la subrogation n'a lieu que dans la limite de

[1] Je regrette de n'avoir pas connu plus tôt l'excellent ouvrage de M. Ponsot ; je l'aurais cité souvent à l'appui de mes décisions, et j'aurais été heureux de pouvoir contribuer à faire connaître un ouvrage qu'on peut toujours consulter avec fruit.

la dernière, en sorte que les accessoires qu'on en détache n'adhèrent à la nouvelle dette que jusqu'à concurrence de la somme dont ils garantissaient primitivement le payement. Ainsi, la dette nouvelle est-elle moins forte que l'ancienne? La subrogation ne produit son effet que dans la limite de la nouvelle dette, car les accessoires ne peuvent pas dépasser le principal qu'ils protégent. Est-elle au contraire plus étendue? La subrogation n'a son effet que jusqu'à concurrence de la dette originaire. Ses accessoires étant *conservés* restent nécessairement ce qu'ils étaient à leur origine. Au delà de la somme originairement due, la subrogation, si elle devait avoir son effet, serait non plus *conservatrice* mais *créatrice* des garanties qu'elle donne. Tout cela est aussi logique qu'équitable, et même aussi légal que logique, puisque le même résultat se rencontre en matière de novation. Tout le monde convient en effet que les priviléges, hypothèques de la dette éteinte par novation, n'adhèrent à celle qui la remplace que dans la limite de la première, toutes les fois que celle-ci est moins étendue.

Autre injustice, a-t-on ajouté! l'action de mandat, ou de gestion d'affaire, etc., qui appartient au subrogé, dure trente ans; or peut-être n'existait-il plus que quelques jours pour éteindre par prescription la dette acquittée. Dans ce cas, la subrogation prolongera, au grand préjudice du débiteur, de ses ayants cause et de ses cautions, pendant les trente années que doit durer la nouvelle créance, des priviléges, hypothèques ou cautionnements qui étaient sur le point d'être prescrits.

Cette objection, quoique plus sérieuse que celles qui précèdent, n'est pas mieux fondée. Pour y répondre avec plus de méthode, nous supposerons deux hypothèses : 1° la dette acquittée était du nombre de celles qui ne se prescrivent que par trente ans; 2° elle appartenait à la classe de celles dont la durée ne dépasse pas cinq ans.

1° *La dette acquittée était du nombre de celles qui ne se prescrivent que par trente ans.*—Les priviléges, hypothèques et cautionnements que conserve la subrogation se prescriront-ils en comptant du jour de l'échéance de la créance dont ils ont été détachés, ou

bien du jour de l'exigibilité du droit nouveau auquel ils ont été attribués? Ils doivent évidemment durer tant que vivra l'action de prêt ou de mandat dont ils sont actuellement les accessoires; car le payement qui a été fait par le débiteur lui-même, ou le mandat qu'il a donné pour le faire, constitue une reconnaissance de la dette par laquelle la prescription s'est trouvée interrompue quant aux accessoires que la subrogation fait survivre à la dette acquittée; le subrogé les reçoit donc rajeunis par cette interruption, et aussi forts que s'ils eussent été créés en même temps que la dette nouvelle qu'ils garantissent.

Si le subrogé n'est qu'un simple gérant d'affaires, son action *negotiorum gestorum* se prescrira par le laps de temps qui restait à courir pour compléter la prescription de l'ancienne dette; autrement le payement constituerait, non plus une gestion d'affaire, mais un acte préjudiciable pour le débiteur, puisqu'il aurait pour unique résultat de substituer à une créance très-ancienne, sur le point peut-être d'être prescrite, une créance qui ne serait prescriptible que par trente ans. Dans ce cas, les accessoires que conserve la subrogation adhèrent à une créance nouvelle dont la durée est égale à celle que devait avoir la créance dont ils ont été détachés.

Mais que décider s'il est démontré que le payement était urgent, que le subrogé ne s'est décidé à le faire qu'en vue de l'intérêt bien entendu du débiteur absent, pour empêcher des poursuites onéreuses, par exemple une expropriation imminente? Si je ne me trompe, l'utilité évidente de la gestion équivaut à mandat, mandat que la loi elle-même donne au nom du débiteur. En conséquence, je déciderais que l'action *negotiorum gestorum* durerait trente ans à compter du jour du payement; il en serait de même des accessoires de l'ancienne créance; car ce mandat légal, comme le mandat volontaire, doit avoir pour effet d'interrompre la prescription de la créance originaire en ce qui touche les garanties que la subrogation conserve.

Ces différentes décisions ne présentent rien d'injuste, rien d'inconséquent; elles sont au contraire pleinement juridiques.

2° *La dette appartenait à la classe de celles dont la durée ne dépasse pas cinq ans.* — Une dette qui est prescriptible par cinq ans,

et qui a déjà trois années d'existence, a été acquittée par le débiteur lui-même avec de l'argent emprunté sous condition de subrogation : par quel laps de temps se prescriront les priviléges, hypothèques et cautionnements que conserve la subrogation ? Sera-ce par trente ans, comme la créance dont ils sont actuellement les accessoires, ou par cinq ans, comme la créance dont ils ont été détachés, ou même par deux années, puisque la dette originaire avait déjà, au moment du payement, trois années d'existence?

Si la subrogation a été consentie par le débiteur, le dernier parti doit évidemment être rejeté. Les trois années qui ont précédé le payement ne peuvent pas entrer dans le calcul de la prescription, quelle qu'elle soit; car en empruntant pour *payer*, le débiteur a reconnu la légitime existence de la dette, et sa reconnaissance vaut, au profit du subrogé, interruption de prescription. Par là se trouve effacé tout le temps antérieur au payement.

Et cette interruption, qui a date certaine, puisque l'emprunt d'où elle résulte implicitement est constaté dans un acte authentique (*V.* art. 1250, 2°), n'est pas seulement opposable au débiteur; elle l'est également à ses cautions (*V.* art. 2250), et à plus forte raison à ses créanciers chirographaires ou hypothécaires [1].

Toute la difficulté consiste donc à savoir si les accessoires de la dette acquittée se prescriront par trente ou par cinq ans à partir du payement. Je ne crois pas qu'il faille balancer à prendre parti pour la prescription de trente ans. Les sûretés conservées par la subrogation s'identifient avec la créance nouvelle qu'elles garantissent; devenues les accessoires, elles en font en quelque sorte partie, ce qui ne permet pas qu'elles puissent se prescrire isolément et indépendamment de leur principal (*V.* art. 2180, 1°, et 2250).

C'est donc une concession qu'il faut faire aux auteurs de l'objection : oui, la subrogation peut quelquefois, en ce qui touche

[1] Elle ne l'est pas au tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué; car lorsque l'immeuble est possédé par un tiers, la prescription de l'hypothèque se sépare de la prescription de la dette (*V.* art. 2180, 4°).

les accessoires de la dette originaire, transformer une courte en une longue prescription.

Mais cette conséquence est-elle donc injuste et contraire aux principes généraux de notre droit? Montrons qu'elle ne mérite ni l'un ni l'autre reproche.

Lorsqu'une prescription est *acquise*, il y a présomption légale de libération, et le débiteur ne peut pas, par sa seule volonté, enlever à ses cautions, à ses créanciers hypothécaires ou chirographaires, le bénéfice d'une preuve dont l'existence améliore leur droit (*V.* art. 2225).

Au contraire, tant que la prescription n'est pas définitivement acquise, il y a présomption légale que la dette dont on rapporte un titre, ou toute autre preuve, n'a pas été acquittée ou remise au débiteur; en conséquence, celui-ci a le pouvoir absolu soit de la payer, soit de la nover, soit enfin de prolonger le temps qu'elle doit durer.

Ce n'est pas, en effet, faire un acte préjudiciable à ses créanciers ou à ses cautions que de *reculer* le temps où la prescription doit s'accomplir. On ne leur enlève aucun bénéfice acquis, c'est tout simplement une espérance qui manque de se réaliser. Un payement, une novation, une reconnaissance de dette par le débiteur pouvait la leur faire perdre (art. 2248); qu'importe donc qu'elle leur soit enlevée par l'effet d'une subrogation ou de toute autre manière? La loi, tout le monde en convient, donne au débiteur le pouvoir absolu de prolonger une prescription en effaçant, par une reconnaissance de sa dette, tout le temps antérieur à cette renonciation (art. 2248) : pourquoi donc lui refuser la faculté de la prolonger en *reculant* le moment où elle doit s'accomplir? le résultat n'est-il pas toujours le même?

Si la prolongation d'une prescription commencée, mais non encore acquise, était nuisible aux créanciers, et par cela même contraire à la loi, la loi ne l'autoriserait pas elle-même; or n'est-il pas vrai qu'en matière de novation les accessoires d'une créance de courte prescription peuvent adhérer à une créance de trente années? Eh bien! si ce résultat n'a rien de choquant quand il est produit par une novation, quelle raison y a-t-il donc de le trouver injuste ou inconséquent en matière de subroga-

tion? Au point de vue dont nous nous occupons, la novation et la subrogation ne sont-elles pas des théories de même nature?

Mais allons plus loin. Un créancier dont le droit est sur le point d'être prescrit vend sa créance à un interdit ou à un mineur : qu'arrive-t-il? C'est que cette cession va rendre imprescriptible pendant de longues années une créance qui, demain peut-être, se fût éteinte par prescription. Trouve-t-on cela injuste, contraire aux principes du droit? Dit-on que cette prolongation de la prescription est un acte nuisible aux cautions et aux créanciers hypothécaires du débiteur cédé? Or si ce résultat est régulier quand il émane de la volonté du créancier, comment se fait-il qu'il paraisse injuste quand c'est la volonté du débiteur qui le produit?

Enfin, et cela est décisif, dans tous les systèmes, la subrogation peut avoir pour effet de prolonger la prescription; car si le subrogé est mineur ou interdit, et même, ce qui arrive fréquemment, la femme du débiteur, quel que soit le parti que l'on prenne sur la nature de la subrogation, il faudra bien reconnaître que la prescription ne courra pas contre le nouveau créancier tant que durera sa minorité, son interdiction ou son mariage.

Cette prolongation de la prescription qu'on reproche au système de la subrogation considérée comme attribution de sûretés de l'ancienne dette à la nouvelle est, comme on voit, en parfaite harmonie avec les principes généraux du Code; elle se rencontre soit dans la novation, dont la nature a tant de points d'analogie avec la subrogation, soit dans la cession proprement dite, soit même dans la subrogation considérée comme cession fictive de l'ancienne créance; et elle n'a rien d'injuste, parce qu'il n'y a que la prescription dont le dernier jour est accompli qui soit un droit acquis pour les cautions du débiteur et pour ses créanciers. Ce n'est pas, en effet, le simple espoir d'une prescription éventuelle qui a déterminé la caution à garantir la solvabilité du débiteur ou ses créanciers à traiter avec lui; et fût-il vrai que cette espérance est entrée pour quelque chose dans les considérations qui les ont déterminés à se mettre en relation avec lui, la jurisprudence devrait encore refuser de tenir compte d'un calcul que

la morale désavoue et que la loi n'autorise pas. Invoquer une prescription accomplie peut être un acte loyal, car la prescription n'est souvent qu'un moyen légitime de repousser une injuste réclamation; mais se porter caution de quelqu'un ou traiter avec lui dans l'espoir de prescriptions éventuelles est, à mon sens, un calcul malhonnête que la loi ne saurait sanctionner.

Nous avons jusque-là supposé que la dette a été payée par le débiteur lui-même avec des fonds empruntés sous condition de subrogation; mais la même théorie s'appliquera sans peine au cas où le payement est fait par un *mandataire* qui a pris soin de se faire subroger par le créancier.

Le mandat donné par le débiteur à l'effet de payer sa dette contient en effet un aveu tacite de sa légitimité, et un consentement implicite (car il a dû prévoir que son mandataire se ferait peut-être subroger) à ce que les accessoires qui la garantissent adhèrent au droit que doit acquérir contre lui le mandataire, et durent autant que lui.

Si le subrogé a payé sans mandat exprès ou tacite, il faut alors distinguer si le payement était ou non nécessaire, utile aux intérêts du débiteur. Au premier cas, l'utilité évidente du payement équivaut à mandat; au second, l'action *negotiorum* et les accessoires auxquels elle sert de principal se prescriront par le laps de temps qui restait à courir pour la perfection de la prescription de l'ancienne créance (*V.* ci-dessus, p. 351).

Ainsi, la théorie de la subrogation considérée comme simple attribution des accessoires de l'ancienne dette à la nouvelle serait irréprochable, s'il n'existait, pour en démontrer la fausseté, que les arguments que nous venons d'exposer; reproches imprudents, fausses attaques qui la consolident au lieu de l'ébranler.

Mettons-les donc de côté. Des raisons décisives, des arguments sans réplique ne nous manqueront pas pour démontrer, d'une part, la fausseté du système que nous combattons, et, d'autre part, le triomphe de celui que nous avons exposé.

M. Merlin, qui le premier a soutenu que la subrogation conserve, au profit du nouveau créancier, non pas l'ancienne créance, mais seulement quelques-unes de ses prérogatives, n'a

donné à l'appui de son système aucune raison. Il affirme, il cite des noms d'auteur, mais il ne discute pas [1].

M. Grappe, ancien professeur à la Faculté de droit de Paris, qui a suivi et développé le système de Merlin, s'est efforcé de l'établir par des raisonnements qu'il a présentés sous la double forme d'arguments à l'appui de son système et d'objections contre celui qu'il repousse [2].

Ses raisonnements peuvent se ramener à un seul, car toute son argumentation est fondée sur une seule et même idée qui se retrouve, sous des formes différentes, dans chacune de ses propositions.

Cette idée, qui fait la base de tout son système, se formule ainsi : le payement, qu'il soit fait par le débiteur ou qu'il soit fait par un tiers, éteint la dette et par conséquent l'action du créancier qui le reçoit; or, si cette action est éteinte, il est impossible qu'elle puisse se retrouver dans la personne du subrogé; vainement celui-ci dira qu'il est censé avoir acheté la créance plutôt que l'avoir payée : on lui répondra toujours « *qu'une créance éteinte ne peut pas faire l'objet d'une cession, qu'un droit qui ne subsiste plus ne peut pas être aliéné, que la subrogation ne peut pas faire revivre une dette éteinte.* »

Qui ne voit que cette argumentation n'est qu'une pure pétition de principe? Pour prouver que la créance ne peut pas être *conservée* au profit du subrogé, M. Grappe la déclare *éteinte*; il l'anéantit de sa propre autorité afin d'avoir ensuite l'occasion de dire que la subrogation ne peut pas la faire revivre. Or, le point en litige n'est pas de savoir si l'on peut ressusciter un droit éteint, mais si la créance qui a servi de cause au payement a continué d'exister, en d'autres termes, si le payement accompagné de subrogation est, comme le payement ordinaire, extinctif de la créance. M. Grappe résout donc la question par la question même.

Au reste, si M. Grappe a raison contre nous, M. Grappe a nécessairement raison contre lui-même; car si l'argument qu'il nous oppose est décisif en ce qui touche la créance, il l'est également

[1] *V.* Merlin, Répertoire de jurisprudence, au mot *Subrogation.*
[2] *V.* Merlin, Questions de droit, au mot *Subrogation.*

quant à ses accessoires. On dira en effet : Le payement, quoique fait par un tiers, éteint la créance avec tous ses accessoires (*V.* art. 2034 et 2180, 1°); or, si les accessoires sont éteints, il est impossible qu'ils puissent être transportés au subrogé. Les droits accessoires qui ont cessé d'exister sont tout aussi inaliénables que les droits principaux qui n'existent plus. La subrogation, qui ne peut pas faire revivre l'obligation principale du débiteur, ne pourra pas non plus ressusciter l'obligation accessoire de la caution.

Ainsi l'argumentation que M. Grappe fait contre notre système renverse le sien, puisqu'elle prouve, en la supposant fondée, que la subrogation est inutile au subrogé et sans aucune influence sur les effets ordinaires du payement.

M. Grappe n'admet pas cette conséquence, et, pour y échapper, il imagine de dire que l'ancien créancier est censé avoir vendu la *créance*, et que cette cession fictive modifie le payement, non pas en ce qui touche la créance elle-même, car « *une fiction ne peut pas altérer la vérité et ressusciter une dette éteinte*, » mais au point de vue des accessoires, *qui sont réputés encore existants au profit du nouveau créancier.*

M. Grappe est donc contraint d'invoquer, comme nous, le secours d'une fiction de droit pour appliquer et justifier son système ; mais sa fiction est d'une étrange nature : elle ne peut pas atténuer la vérité et ressusciter une *dette éteinte*, mais elle atténue la vérité et ressuscite des *privilèges et accessoires éteints;* elle ne peut pas faire revivre l'obligation du débiteur, mais elle fait revivre l'obligation accessoire de la caution.

N'est-il pas évident que si la subrogation ne peut pas atténuer la vérité en ce qui touche la créance, elle ne le peut pas davantage quant à ses accessoires? Et alors revient ce que nous avons dit plus haut : la subrogation est inutile et de nul effet ; le payement accompagné d'une clause subrogatoire produit tous les effets d'un payement pur et simple. Or cela est inadmissible ; M. Grappe le reconnaît lui-même.

Que si elle atténue la vérité au point de vue des accessoires, rien n'empêche de lui attribuer le même effet quant au principal.

Je sais qu'on peut dire : La loi considère évidemment le payement avec subrogation comme une opération extinctive de la créance, puisqu'elle le place au chapitre de *l'extinction* des obligations, sous la section du payement. Or, dans votre système, le payement accompagné de subrogation n'est pas une opération extinctive de la dette, une cause d'extinction d'obligation, puisque rien n'est éteint, ni la créance ni ses accessoires; la subrogation, au lieu d'être une modalité, un accident du payement, le transforme en un véritable transport-cession.

Mais à cela je répondrai que la cession fictive, à la différence de la cession réelle, ne produit qu'un effet *relatif;* que si la dette est conservée à certains égards, elle est sous bien des rapports en réalité *éteinte*. J'ai démontré, en effet, qu'il y a dans le payement fait avec subrogation deux opérations simultanées, mais distinctes [1] : le payement, qui éteint la dette avec tous ses accessoires; la subrogation, fiction juridique, qui la fait considérer comme encore existante. Mais cette fiction n'est pas opposable à l'ancien créancier par le subrogé, ni au subrogé par l'ancien créancier, en sorte que dans leurs rapports le payement a éteint la dette avec tous ses accessoires, de la même manière qu'un payement pur et simple. Ce n'est que dans les rapports du subrogé avec le débiteur, ses créanciers et ses cautions, que la créance est réputée cédée. Ajoutons que cette cession fictive ne produit son effet que dans la limite des déboursés du subrogé, ce qui fait que l'ancienne créance est éteinte, même à l'égard du débiteur, pour tout ce qui excède la créance du subrogé (*V.* la *Revue*, t. I, 11[e] livraison, nov. 1844, p. 805 et suiv.).

La subrogation n'est donc qu'une clause accidentelle du payement; elle en modifie les effets, mais seulement sous certains rapports. C'est par conséquent avec raison que la loi a fait de l'exécution de la dette par un tiers subrogé un paragraphe de la section du payement.

Quelques personnes ont prétendu trouver la justification du système de Merlin et la condamnation du nôtre, dans la disposi-

[1] *V.* la *Revue*, t. I, 7[e] livr., juillet 1844, p. 535 et 536.

tion de l'article 1250, 2°. On a dit : La subrogation peut être l'œuvre du débiteur; or, comment dire dans ce cas que la subrogation est une cession de la créance? Comment le débiteur pourrait-il céder un droit qui ne lui appartient pas? *nemo dat quod non habet.*

Cela est vrai en pur droit, mais nos adversaires reconnaissent que la subrogation est une fiction de droit. Pourquoi dès lors s'étonner de voir la créance cédée par le débiteur? Est-ce que tout n'est pas possible dans l'empire des fictions? Si la loi les admet, n'est-ce pas pour rendre faisable ce qui ne peut pas l'être en pur droit?

Et d'ailleurs la subrogation dont il est parlé dans le n° 2 de l'article 1250 émane de la loi plutôt que du débiteur. Elle émane du débiteur en ce sens que c'est en raison de son consentement formel que la loi intervient pour dire que le créancier est censé avoir vendu sa créance. Ce n'est donc pas le débiteur, mais le créancier qui est censé vendre (*V.* Pothier, *Cout. d'Orl.*, tit. 20, n° 80). Dans toutes les hypothèses possibles, c'est la loi qui veut que le créancier soit réputé vendre sa créance. Elle établit sa fiction, tantôt de son propre mouvement, tantôt en exécution de la convention des parties; au premier cas la subrogation est légale, au second, conventionnelle (*V.* Renusson, chap. 2, n° 16).

Au reste, si l'on admettait l'objection qui nous est faite, qu'en résulterait-il? c'est que le système de M. Merlin ne serait pas plus possible que le nôtre; car s'il est vrai que le débiteur ne peut pas céder le droit de son créancier, il est bien évident qu'il ne peut pas céder davantage les accessoires qui en font partie.

Étrange système que celui que nous combattons! tous les arguments qu'on fait pour l'établir se transforment en objections qui le rendraient nécessairement impossible si elles étaient fondées.

MM. Merlin et Grappe affirment que la subrogation ne conserve que certaines prérogatives de la créance; nous disons, nous, qu'elle conserve la créance elle-même avec toutes ses prérogatives. Deux affirmations sont en présence : laquelle des deux est la vérité? Pour le savoir, le moyen le plus naturel n'est-il pas de consulter la loi?

Eh bien! je passe condamnation, et sans autre examen j'ad-

mets que la dette est éteinte nonobstant la subrogation qui accompagne le payement, si l'on me montre, dans toute notre législation, un texte, un seul où il soit dit que le payement avec subrogation *est extinctif de la dette.* Mais ce texte indispensable à toute théorie, sans lequel il ne peut y avoir qu'arbitraire, on le chercherait en vain. Que l'on consulte une à une toutes les dispositions de l'ancien droit, que l'on fouille dans le *Bulletin des lois* ou qu'on passe en revue les 2281 articles de notre Code, on ne parviendra jamais à découvrir, même en violentant les textes, une seule disposition, je ne dis pas une disposition formelle, évidente, mais une phrase obscure ou ambiguë qu'on puisse citer à l'appui du système de Merlin. Tous les articles qui sont relatifs à la subrogation sont unanimes pour proclamer la survie, non pas seulement des accessoires de la dette acquittée, mais de la créance elle-même.

C'est d'abord l'article 1250, où se trouve consacré le principe doctrinal de la subrogation, qui proclame que le bénéfice de la subrogation comprend « *les droits*, *actions*, priviléges et hypothèques de l'ancien créancier. »

Voilà qui est bien formel. Celui dont les fonds ont servi à la libération du débiteur acquiert pour la sûreté de son recours, 1° le droit lui-même, l'action du créancier originaire; 2° ses priviléges et hypothèques. L'effet direct, immédiat de la subrogation, consiste dans la conservation du droit principal, l'effet secondaire dans la conservation de ses accessoires. Et il est si vrai que la conservation des priviléges et hypothèques ne figure qu'au second plan dans les effets de la subrogation, et comme une conséquence nécessaire de la conservation du droit principal, que le n° 2 du même article ne mentionne plus les priviléges et hypothèques accessoires du droit conservé.

Viennent ensuite les articles 874 et 2029 du Code civil, et l'article 150 du Code de commerce, où le subrogé est présenté comme succédant « à tous les droits » de l'ancien créancier.

Enfin, aux termes de l'article 1252, « la subrogation produit son effet *tant contre la caution que contre le débiteur*, ce qui évidemment signifie que l'effet produit est le même à l'égard du débiteur principal et du débiteur accessoire. Or, dire que la

subrogation produit son effet contre la caution, c'est proclamer que la caution reste obligée envers le nouveau créancier de la même manière qu'elle l'était envers le créancier originaire, en d'autres termes, que son obligation *n'est pas éteinte;* donc celle du débiteur survit également.

Et il faut bien qu'il en soit ainsi, car si les priviléges, hypothèques et cautionnements étaient seuls conservés, si l'action personnelle, la contrainte par corps, le titre exécutoire, etc., ne l'étaient pas également, la subrogation produirait bien son effet contre les créanciers et les cautions du débiteur, mais elle n'en produirait aucun contre lui.

Comment ne pas reconnaître, en présence de textes si nombreux, si précis, que la subrogation transporte non pas seulement les priviléges et hypothèques détachés du droit qu'ils garantissent, mais le droit lui-même muni de ses priviléges, hypothèques et cautionnements!

Qu'un jugement soit ainsi motivé : Attendu qu'aux termes de l'article 1250, 1°, la subrogation a pour effet de faire passer au nouveau créancier « les droits, actions, priviléges et hypothèques » du créancier désintéressé au subrogé, déclare que ce dernier a succédé tout à la fois aux droits de l'ancien créancier, et aux priviléges et hypothèques qui lui servaient de garantie......; la cour suprême, dont la mission est de prévenir les décisions arbitraires en apprenant aux juges le respect dû à la loi, cassera-t-elle ce jugement, calqué sur la loi même? Dira-t-elle que l'article 1250, 1°, donne au subrogé, non pas les droits et actions de l'ancien créancier, mais seulement ses priviléges et hypothèques? Sur quels motifs basera-t-elle sa décision? quel sera l'attendu de cet arrêt de cassation? Attendu..... qu'un autre plus habile le formule. Quoi qu'il fasse, sa décision ne sera jamais qu'un jugement arbitraire, la négation même de la loi.

Mais, dira-t-on, peut-être existe-t il dans les travaux préparatoires du Code quelque explication qui modifie ce qu'il y a de trop général dans la formule des articles précités. Il ne faut pas toujours s'en tenir rigoureusement au sens apparent de la loi écrite; car souvent il arrive que le sens grammatical des mots répond mal à la pensée du législateur.

MM. Merlin et Grappe n'ont pas essayé de faire cette justification, et c'est avec grande raison qu'ils se sont abstenus de se placer sur le terrain que j'indique, car la pensée du législateur est en parfaite harmonie avec les formules du Code, et même, s'il est possible, plus explicite encore. « Une obligation, dit M. Bigot de Préameneu, peut être éteinte *à l'égard du créancier* par le payement que lui fait un tiers subrogé dans ses droits, *sans que cette obligation soit également éteinte à l'égard du débiteur.* »

Suivant M. Joubert, « le créancier qui reçoit son payement d'un tiers peut lui transporter tous ses droits *avec* tous les priviléges attachés à ces mêmes droits, *même la contrainte par corps.* »

M. Mouricaut ajoute « qu'il n'y a que le payement pur et simple qui éteigne la dette; le payement avec subrogation *la laisse subsister.* »

Les formules du Code sont donc justifiées, expliquées dans toute leur étendue par ceux-là même qui les ont rédigées. Ainsi point d'ambiguïté, point d'amphibologie. Le texte de la loi est aussi clair, aussi formel que possible : le subrogé acquiert l'action originaire avec ses priviléges et hypothèques.

Lorsqu'une théorie n'a aucun appui dans la loi écrite, ses partisans s'efforcent quelquefois de l'établir par l'influence des origines, par son antique authenticité et l'autorité des jurisconsultes célèbres qui l'ont unanimement proclamée. On dit alors que la loi s'est méprise, et l'autorité de l'histoire fait fléchir la puissance des textes. Cette planche de salut, toute mauvaise qu'elle est, existe-t-elle au moins au profit du système que nous combattons? On l'a prétendu; montrons qu'il n'en est rien.

L'histoire *législative* de la subrogation est bien connue. Le droit romain nous fournit deux textes, l'ancienne jurisprudence un édit du roi Henri IV. Les deux lois romaines se rapportent à deux hypothèses différentes. La première, la L. 36, ff., *De fidej.*, règle la subrogation consentie par le créancier; la seconde, la L. 12, § 8, ff., *Qui potiores*, la subrogation consentie par le débiteur. Au premier cas, la subrogation est une cession fictive de l'ancienne créance au profit du fidéjusseur qui paye le créancier; au second, ce n'est plus qu'une simple attribution des acces-

soires de l'ancienne dette à celle qui est née d'un contrat de prêt.

L'édit royal de 1609 porte que le créancier, subrogé par le débiteur, « *succède aux droits, actions, noms, raisons et hypothèques de l'ancien créancier*, SANS AUTRE CESSION. »

N'est-il pas vrai qu'à première vue il est bien difficile de comprendre que ces monuments législatifs puissent être, à bon droit, invoqués à l'appui du système qui prétend que la subrogation ne conserve pas le *droit*, *l'action* du créancier désintéressé? Comment donc ses partisans parviennent-ils à se les approprier? par quels efforts d'arguments? C'est une étude curieuse à faire.

Je reconnais que la L. 12, § 8, *Qui potiores*, est favorable à leur système; mais la L. 36, *De fidejussoribus* le justifie-t-elle également? Oui, répond M. Grappe, « car ce n'est que par une fiction que le créancier est censé avoir vendu ses actions au fidéjusseur qui le paye, et cette fiction ne peut pas atténuer la vérité ni ressusciter une dette éteinte. »

Ainsi, s'il faut en croire M. Grappe, la loi romaine a imaginé une *fiction* qui ne porte aucune atteinte à la *réalité*. « *L'effet de la subrogation se borne à conserver à l'action personnelle du fidéjusseur l'hypothèque de l'ancien créancier.* »

Quoi de plus faux que cette affirmation! En droit romain le fidéjusseur qui avait payé la dette n'avait de son chef *aucune action personnelle* pour faire répartir entre lui et ses cofidéjusseurs la perte résultant de l'insolvabilité du débiteur (*V*. L. 39, ff., *De fidej.*; L. 11, *Cod.*, *eod. tit.*). Dès lors la subrogation, entendue dans le sens de M. Grappe, ne lui fournira aucun moyen de recourir contre ses cofidéjusseurs puisqu'elle n'a d'autre effet que d'attacher les hypothèques de l'ancienne action à l'action qu'il a de son chef. Or, tout le monde le sait, le bénéfice *cedendarum actionum* (la subrogation) fut imaginé principalement pour donner au fidéjusseur, contraint de payer la dette entière, une action à l'effet de recourir contre ses cofidéjusseurs. Cette action quelle est-elle? Évidemment celle du créancier, puisque lui seul en avait une contre eux.

Au reste, mettons en regard la loi romaine et son interprétation par M. Grappe.

Lorsqu'un créancier, dit Ulpien, recevant son payement d'un

fidéjusseur, lui cède *ses actions* contre le débiteur et les autres fidéjusseurs, il semble que cette cession est nulle, puisque le payement a éteint la dette. Mais il n'en est pas ainsi, *sed non ita est*, car le créancier est censé avoir vendu sa créance plutôt qu'en avoir reçu le payement, *non enim in solutum accepit sed quodam modo nomen debitoris vendidit.*

Le créancier, répond M. Grappe, n'a pas vendu sa créance; il en a reçu le payement, lequel a éteint la dette, *nomen debitoris* NON VENDIDIT, *sed solutum accepit.*

Qu'a vendu le créancier? *nomen debitoris*, la créance, le droit principal, répond Ulpien. C'est une erreur, dit M. Grappe, il n'a pas vendu sa créance, *nomen debitoris;* il a vendu *accessorium nominis, id est hypothecam.*

N'est-il pas évident que l'interprétation de M. Grappe est la négation de la loi même? Il quitte son rôle de jurisconsulte pour prendre celui d'un législateur : il n'interprète pas, il abroge.

L'ordonnance de 1609 ne sera pas respectée davantage : elle sera mutilée, déchirée comme la loi romaine, comme notre Code.

Elle nous dit :

Que le subrogé succède 1° aux droits; 2° aux hypothèques; 3° aux noms et raisons; 4° aux actions de l'ancien créancier.

M. Grappe est plus fort que l'ordonnance; le subrogé n'acquiert, de tous les avantages qu'elle énumère, que celui qui est compris dans le 2°, c'est-à-dire l'hypothèque. Quant aux droits, quant aux actions, le subrogé n'y peut prétendre, puisque le payement qu'il a fait les a éteints.

En effet, dit-il, tout le monde sait que l'ordonnance a eu pour but de fournir aux débiteurs chargés de gros intérêts le moyen de se libérer avec des fonds empruntés à un taux plus modéré; or, si la subrogation consentie par le débiteur au profit de son nouveau créancier devait conserver l'ancienne créance, l'ordonnance manquerait le but qu'elle se proposait d'atteindre; car la cession de créance n'a d'autre résultat que d'opérer une mutation de créancier.

L'argument serait décisif si la subrogation considérée comme cession fictive ne différait en aucun point de la cession réelle; mais elle en diffère précisément en ce point essentiel *que l'an-*

cienne créance n'est cédée au subrogé que dans la limite de la créance qui lui appartient de son chef, comme prêteur de fonds, gérant ou mandataire. Le but que se proposait l'ordonnance sera donc dans le système de la cession fictive aussi facilement atteint que dans le système de la simple attribution de l'hypothèque de la dette originaire à la dette nouvelle; il le sera même plus fréquemment, car le crédit d'un débiteur est d'autant plus grand, par conséquent les emprunts à intérêt modéré d'autant plus faciles, que la subrogation présente plus de garanties aux nouveaux prêteurs de fonds.

L'argument de M. Grappe fortifie donc notre système en ruinant le sien.

L'ordonnance, ajoute-t-il, n'a eu d'autre objet que d'introduire dans le droit coutumier la théorie de la L. 12, § 8, *Qui potiores*. Or, selon la loi romaine, la subrogation ne conserve que les accessoires de l'ancienne créance, laquelle est éteinte par le payement; donc, l'ordonnance ne produit pas d'autre effet.

M. Grappe prend ses affirmations pour des démonstrations.

Nous disons, nous, qu'en introduisant dans le droit coutumier la faculté de subroger que le droit romain accordait au débiteur, le législateur français a voulu compléter le système, le rendre plus utile en permettant au débiteur de transporter à son nouveau créancier, non pas seulement l'hypothèque, mais la créance avec l'hypothèque de l'ancien créancier. Nous le disons avec le texte même de l'ordonnance qui mentionne, en outre de l'hypothèque, le droit principal, l'action originaire; nous le disons enfin avec Pothier qui, j'imagine, entendait mieux, ou, tout au moins, aussi bien que nous, le sens véritable de nos anciennes lois (*V. Cout. d'Orl.*, tit. 20, n° 80).

Ainsi les monuments législatifs ne nous sont pas contraires; nous pourrions même, et à bon droit, les invoquer à l'appui de notre système, s'il n'était déjà suffisamment établi par les textes de nos lois. Nous dirions : le Code a consacré le principe de la loi 36, *De fidej.*, puisque l'article 2029 déclare que la caution succède à TOUS *les droits* du créancier qu'elle désintéresse; il s'est au contraire écarté de la L. 12, § 8, *Qui potiores*, puisqu'aux termes de l'article 1250, 2°, le nouveau créancier subrogé par le

débiteur succède aux droits de l'ancien. Et notre explication serait d'autant plus rationnelle, que nous l'empruntons, ainsi que je le montrerai bientôt, à Pothier lui-même.

Que si maintenant nous passons des monuments législatifs aux opinions des auteurs, nos adversaires seront bien plus malheureux encore. Quiconque, en effet, lira les vieux livres, consultera les thèses soutenues publiquement, ou les décisions judiciaires, restera bien convaincu qu'il n'y a pas dans toute la science du droit un sujet sur lequel il ait été émis plus de pensées contradictoires, élaboré plus de théories diverses et bizarres que la matière de la subrogation. Rien n'est obscur, discordant comme son histoire; c'est un pêle-mêle d'idées confuses et incohérentes où l'esprit se perd comme dans un labyrinthe inextricable, un digeste immense et aussi mal fait qu'il est grand, où toutes les opinions peuvent à l'envi puiser des textes favorables ou ennemis; ce serait peu que les auteurs fussent contraires les uns aux autres, mais il n'en est pas un seul qui ne se contredise à chaque page, pas un seul qui se soit attaché à un principe simple, uniforme et suivi dans ses conséquences.

Aussi, nos adversaires qui les ont lus et qui les citent ne les ont-ils pas toujours compris; ils se sont, à cet égard, exposés aux plus fâcheuses méprises. L'intérêt de la science, joint à l'intérêt de notre cause, nous commande de les divulguer.

« Il ne faut pas, dit M. Merlin, confondre la cession proprement dite avec la subrogation. En effet, y eut-il jamais *rien de plus différent?* »

. . . .

« *La cession transfère la même dette; la subrogation en transmet seulement quelques prérogatives.* »

Suivent d'autres différences. . . . .

C'est sur cette *affirmation*, je ne puis pas dire sur cet argument, car on prouve qu'une dette est éteinte en affirmant qu'elle a cessé d'exister, que repose tout entier le système de M. Merlin.

Or, qu'on me permette de divulguer ce petit mystère, son plaidoyer est copié mot pour mot dans Renusson, non pas dans

le corps de son ouvrage, mais dans une addition ou dissertation sur une question particulière de subrogation.

M. Merlin est par conséquent hors de cause; quant à Renusson, à qui nous devons répondre, nous le combattrons par Renusson lui-même. N'est-ce pas lui, en effet, qui nous enseigne que le subrogé « succède et entre au lieu et place du créancier pour exercer SES DROITS PERSONNELS, *hypothécaires ou privilégiés* » (*V*. chap. I, n° 1, de son Traité)? Ne nous dit-il pas encore « que l'action qu'a le subrogé est *la même action qu'avait l'ancien créancier*, que le subrogé acquiert le *même droit*, la même hypothèque, que le débiteur DEMEURE OBLIGÉ au nouveau créancier, de même qu'il l'était à l'ancien qui a été payé, que la subrogation N'OPÈRE POINT MUTATION DU DROIT, mais seulement mutation de la personne du créancier (*V*. chap. 4, n° 24, de son Traité). »

Ainsi la subrogation transporte le droit originaire, l'ancienne action avec ses hypothèques et priviléges (*V*. chap. I, n° 1, chap. IV, n° 24, de son Traité).

La subrogation ne transporte pas la dette, mais seulement quelques-unes de ses prérogatives (*V*. addition à son Traité, 1re question, page 126; 2e colonne).

Mais ce n'est pas assez de cette contradiction. S'il faut l'en croire, la subrogation, volontairement consentie par le créancier, ne diffère en aucun point d'un véritable transport-cession (*V*. chap. X, nos 21 et 22 de son Traité).

Évidemment il y a erreur quelque part, dans son Traité ou dans son annexe; dès lors quelle autorité peut avoir Renusson? Il a professé tous les systèmes, trois théories différentes et contradictoires. M. Merlin le cite contre nous, nous pourrions le citer contre lui, et nous verrons bientôt que M. Toullier l'invoquera également contre M. Merlin et contre nous.

M. Merlin cite également un passage [1] de Dumoulin, où l'on voit que le subrogé succède, non pas au droit, mais seulement à l'hypothèque de l'ancien créancier; mais Renusson, auquel M. Merlin a emprunté la définition de la subrogation, combat Dumoulin et lui reproche de ne s'être pas accordé avec lui-même (*V*. Renus-

[1] Il est tiré de son traité *De usuris*, question 49, n° 43.

son, chap. 2, n° 24); et pour justifier le reproche qu'il lui adresse, il cite de lui un autre texte où il est dit que la subrogation a le même effet que si le créancier avait vendu sa créance, *habet eumdem effectum ac si nomen cessum cuivis vendidisset* [1].

Cette lutte entre Renusson et Dumoulin nous fournit notre réponse : ou Renusson a raison contre Dumoulin, et alors M. Merlin a tort d'invoquer le témoignage de celui-ci; ou c'est Dumoulin qui a raison contre Renusson, et alors M. Merlin a tort de s'appuyer sur ce dernier.

Ajoutons que M. Toullier, qui professe un système diamétralement opposé à celui de M. Merlin, se fonde comme lui sur l'autorité de Dumoulin. C'est aussi sur Dumoulin que s'appuie M. Championnière pour établir un système qui s'écarte en même temps et du système Merlin et du système Toullier.

M. Championnière dit encore que les rédacteurs du Code semblent avoir pris Domat pour guide, et il en conclut « que la subrogation légale constitue un payement véritable avec transmission des sûretés de l'ancienne dette (V. *Traité des droits d'enregistrement*, t. II, pages 282 et 283). »

J'ai lu Domat, je l'ai étudié avec soin, mais il m'a été impossible de découvrir la prétendue théorie qu'on lui prête. Voici l'analyse très-succincte de son système.

« La subrogation est le changement qui met une autre personne au lieu du créancier. »

Ce changement s'opère de plusieurs manières, par vente de la créance, par subrogation consentie par le débiteur, et enfin *par l'effet de la loi lorsqu'un créancier hypothécaire paye de ses deniers un autre créancier qui lui est préférable*. Cette énumération faite de toutes les causes qui mettent une autre personne au lieu du créancier, il termine en disant : « On voit que, dans toutes ces sortes de subrogations, *le droit du créancier passe à un autre* qui entre à sa place (V. *Lois civiles*, livre 3, tit. 1, p. 208 et 209). »

N'est-il pas évident que cette théorie est juste le contraire de celle qui ne veut voir dans la subrogation qu'un seul effet, la

[1] Ce passage est également tiré de son traité *De usuris*, question 89, n° 1670.

conservation des accessoires de l'ancienne créance? Étrange système, qui a précisément pour ennemis tous ceux dont l'autorité est invoquée à l'appui!

M. Troplong (V. *Traité des hypothèques*, art. 2113) voulant prouver que M. Toullier (*V.* t. VII, n° 119) se trompe lorsqu'il soutient que la subrogation volontairement consentie par le créancier fait naître l'obligation de garantie, se contente de dire : *C'est une erreur réfutée d'avance par Renusson.*

Ce n'est pas l'opinion de M. Toullier, mais la critique de M. Troplong, qui est réfutée d'avance par Renusson.

Renusson dit en effet très-positivement que la subrogation volontairement consentie par le créancier fait naître l'obligation de garantie, et en cela il est très-conséquent, puisqu'à ses yeux cette sorte de subrogation n'est rien autre chose qu'un véritable transport-cession de la créance (*V.* Renusson, chap. 10, n° 22). S'il dit ailleurs que la garantie n'est pas due, c'est uniquement quand il parle de la subrogation émanant soit de la volonté du débiteur, soit de celle de la loi (*V.* chap. 2, n°s 22 et 25).

M. Troplong s'est donc trompé en faisant dire à Renusson que le créancier qui volontairement subroge le tiers qui le paye n'est pas garant de l'existence de la créance, puisque Renusson enseigne très-formellement le contraire.

N'est-ce pas assez de contradictions, d'interprétations erronées, de citations faites à faux?

L'étude des origines, je le reconnais, est utile, indispensable même à la saine intelligence de nos Codes; mais c'est à la condition, sous peine de tromper la justice en même temps qu'on se trompe soi-même, de recueillir les vieux textes avec une scrupuleuse attention, de les étudier longtemps et avec patience, afin d'en découvrir et constater le véritable sens, caché le plus souvent sous des énigmes presque indéchiffrables.

Ce qu'il y a de plus sûr encore, c'est de s'en tenir aux enseignements qui nous sont donnés par les auteurs qui, plus rapprochés que nous des anciennes pratiques, ont pu mieux les étudier, par ceux qui n'ont pas pris part aux vieilles disputes, mais qui les ont jugées après avoir comparé les théories rivales. Or Pothier est précisément dans cette condition. Avant lui, la matière

de la subrogation est comme un champ clos où les hommes les plus éminents entrent en lice. Des controverses passionnées s'engagent sur tous les points. La science n'est pas encore faite, mais elle s'élabore ; les formules en seront bientôt arrêtées. Cette mission, Pothier l'a remplie. Instruit par les enseignements qu'il a puisés dans les controverses de ses savants devanciers, il fait cesser tous les doutes en formulant un principe simple, uniforme, et réussit enfin à faire sortir la subrogation des obscurités profondes où elle se tenait depuis si longtemps cachée.

Et pourtant Pothier, le jurisconsulte favori des rédacteurs du Code, celui qu'ils consultent toujours et dont ils s'écartent si rarement, Pothier n'est invoqué par personne [1].

Quant à nous, notre conscience nous fait un devoir de le prendre pour guide. Or, voici son système : « Le payement qui est fait avec subrogation est réputé n'être pas tant un payement *qu'une vente* que le créancier est réputé faire DE SA CRÉANCE ET DE TOUS LES DROITS QUI EN DÉPENDENT. C'est pourquoi la *créance* ainsi *acquittée* est, en faveur du subrogé, *réputée subsister encore; il peut l'exercer comme aurait pu faire le créancier, duquel il est censé être le procurator* in rem suam » (V. *Oblig.*, n° 559). En conséquence, il définit la subrogation « une fiction de droit par laquelle le créancier est censé *céder ses droits, actions, hypothèques et privilèges* à celui de qui il reçoit son dû » (V. *Cout. d'Orl.*, tit. 20, n° 66). Et peu importe la cause de la subrogation : qu'elle soit consentie par le créancier, ou qu'elle émane de la loi ou de la volonté du débiteur, le principe ne change pas; dans tous les cas la créance elle-même subsiste, au profit du subrogé, avec tous les droits qui en dépendent. Cela résulte de ce passage que j'ai déjà cité : En droit romain, lorsque la subrogation est consentie *par le débiteur*, on ne feint pas que le créancier fasse cession de sa créance ; dans ce cas, le subrogé n'ac-

[1] Je me trompe ; M. Grappe le cite, mais il ne l'a pas compris. Pothier dit que le payement avec subrogation est un *véritable payement;* donc, dit M. Grappe, la dette est éteinte. M. Grappe n'a pas pris garde que ce n'est qu'à l'égard du subrogeant que Pothier considère le payement avec subrogation comme un payement ordinaire. Quant à ce passage de Pothier : la subrogation transporte au subrogé *non pas seulement* les mêmes droits d'hypothèque qu'avait l'ancien créancier, mais *la créance elle-même* avec tous les droits qui en dépendent (*Cout. d'Orl.*, tit. 20, n° 67), M. Grappe n'en dit pas un mot.

quiert que les hypothèques de l'ancienne créance. Mais les principes de notre droit sont à cet égard bien différents. Suivant l'édit de 1609, cette sorte de subrogation transporte au nouveau créancier *non pas seulement les mêmes droits d'hypothèque qu'avait l'ancien créancier, mais la créance elle-même avec tous les droits qui en dépendent* (V. *Cout. d'Orl.*, tit. 20, n° 80).

Toutefois le payement, quoique fait avec subrogation, est, dans les rapports du subrogé avec le subrogeant, un payement ordinaire et par conséquent extinctif de la créance, car ce n'est que dans l'intérêt du subrogé, et pour assurer son recours contre le débiteur, que l'ancienne créance est réputée encore existante (V. *Cout. d'Orl.*, tit. 20, n° 67).

N'est-ce pas là, mot pour mot, le système que nous avons adopté, et n'est-ce pas aussi celui de la loi? Pour soutenir le contraire, il faudrait de toute nécessité établir que les rédacteurs du Code ont abrogé l'édit de 1609, modifié la théorie de Pothier, et faire connaître les motifs de cette innovation. Mais cette démonstration n'a été tentée par personne, et elle ne le sera jamais, car elle est impossible. Que nous dit en effet Pothier? « Que la subrogation transporte, conformément à l'édit de 1609, *les droits, actions, priviléges et hypothèques* de l'ancien créancier (*Cout. d'Orl.*, tit. 20, n°s 66 et 80). » Or, que nous dit le Code? que le subrogé acquiert *les droits, actions, priviléges et hypothèques de l'ancien créancier* (art. 1250, 1°). La formule de Pothier est donc passée toute entière dans la loi; dès lors, peut-on raisonnablement soutenir que le Code a été conçu dans des vues différentes de celles de Pothier? Dans quelle partie du Code prétend-on trouver ce changement, cette phrase qui peut faire soupçonner une pensée d'innovation? comment croire que les rédacteurs ont entendu restreindre les effets de la subrogation lorsqu'on les voit énumérer un à un, et dans les mêmes termes, tous les effets que Pothier lui attribuait? Que penser d'un législateur qui, ayant à choisir entre deux théories opposées, l'une empruntée au droit romain, l'autre à l'ancienne jurisprudence, reproduirait mot pour mot la formule de la loi française que pourtant il abroge!

Ajoutons qu'on n'innove pas sans motifs, uniquement pour

changer ce qui est établi. Or la théorie que l'on prétend abrogée a tous les avantages, sans avoir aucun des inconvénients de la théorie nouvelle qu'on lui veut substituer. En effet, la cession fictive de la créance, comme l'attribution des accessoires de l'ancienne dette à la nouvelle, ne produit son effet que dans la limite des déboursés du nouveau créancier. Sous ce rapport donc, notre système est aussi utile au débiteur que le système de Merlin. Il est, sous un autre rapport, bien plus favorable ; car, comme la confiance des tiers augmente en raison des sûretés qui leur sont offertes, le but que s'est proposé la loi sera évidemment plus facilement atteint dans le système qui permet au débiteur d'offrir à un futur créancier la créance d'un autre créancier qu'on veut écarter, sa créance avec toutes ses garanties, sans en excepter aucune, que dans celui où le futur prêteur ne peut recevoir, pour sa sûreté, que quelques-unes des garanties de l'ancien créancier. Ainsi une personne a été condamnée, *et par corps*, à payer une certaine somme. Son créancier, qui est son ennemi, se dispose à user de son droit dans toute sa rigueur. Le jugement a été signifié, et la signification suivie d'un commandement de payer. Un tiers se présente, et dit au débiteur dont la liberté est menacée : « Je veux bien venir à votre secours et vous prêter des fonds pour vous libérer ; mais je n'y consentirai qu'autant que je serai pleinement subrogé au lieu et place de votre créancier ; je veux acquérir pour ma sûreté sa créance elle-même, avec toutes ses garanties, y compris la contrainte par corps[1], le titre exécutoire, sa signification et le commande-

[1] Quelques personnes soutiennent que le tiers qui paye pour soustraire le débiteur à la contrainte par corps n'entend point conserver contre lui cette voie si rigoureuse d'exécution. — Mais comment dire qu'il ne le veut pas quand la contrainte par corps était la seule garantie de l'ancien créancier ? Que lui servirait de se faire subroger, s'il n'avait l'intention d'acquérir cette garantie ? Enfin, comment dire qu'il ne le veut pas, quand il dit expressément qu'il ne payera qu'autant qu'il sera subrogé au droit d'exercer la contrainte par corps ?

On objecte qu'il y a contradiction entre ces deux idées : rendre un bon office au débiteur, venir à son secours, et vouloir acquérir le droit d'exercer contre lui une contrainte par corps. — Cette contradiction n'est qu'apparente. On peut rendre un service et prendre en même temps ses précautions pour n'être pas victime du service qu'on rend. Je puis vouloir vous soustraire à l'action d'un créancier rigoureux et impatient ; mais comme je sais que vous êtes peu économe, insouciant, je veux acquérir contre vous la contrainte par corps, afin que la crainte de perdre votre liberté vous fasse faire tous vos efforts pour vous mettre en mesure de me rembourser.

ment de payer. » L'opération est possible dans notre système, elle ne l'est pas dans le système de Merlin. Le premier sauve le débiteur d'un danger imminent dont la réalisation pouvait entraîner la perte de tout son patrimoine en même temps que la perte de sa liberté; le second est impuissant, et laisse le débiteur sans ressources, exposé à toute la rigueur d'un créancier implacable. Dira-t-on que le tiers qui veut venir au secours du débiteur poura acheter sa créance? Mais si le créancier ne veut pas la vendre, si son désir est de tenir méchamment le débiteur en prison, que ferez-vous? Comment triompherez-vous de sa résistance, si vous ne reconnaissez au débiteur le droit de subroger celui qui lui prête des fonds à tous les droits de l'ancien créancier, *même* à la contrainte par corps?

Le législateur a-t-il donc été assez imprévoyant pour préférer le système dans lequel ses vues ne sont pas réalisables à celui qui, sans nuire à personne, les réalise en tous points? Cette prétendue innovation est trop évidemment contraire au simple bon sens pour que personne y croie jamais.

Je viens d'établir que le système de Merlin est contraire au texte et à l'esprit de la loi; je puis aller plus loin, et montrer que le système est arbitraire, ou tout au moins inconséquent dans son application comme dans son principe.

Nos adversaires nous diront-ils ce que le subrogé acquiert par le bénéfice de la subrogation? Quelques-unes des *prérogatives* de l'ancienne créance, répond M. Merlin; *ses accessoires*, dit M. Grappe; d'autres disent : *ses garanties*. Qui croirons-nous?

M. Merlin n'accorde que *quelques-unes* des prérogatives de l'ancienne créance; mais lesquelles? on ne nous le dit point. M. Grappe ne nous apprend pas davantage s'il entend accorder tous les accessoires ou seulement quelques-uns. Même incertitude en ce qui touche les garanties.

Enfin qu'entend-on par *prérogatives*, *accessoires* ou *garanties* de l'ancienne créance? Ces trois mots expriment-ils une même idée, ou chacun une idée différente?

Que dirons-nous de la contrainte par corps? C'est bien là une des bonnes *prérogatives* qu'avait l'ancien créancier, un *accessoire* très-utile, une *garantie* très-efficace. Cependant nos adver-

saires refusent à la subrogation l'effet de conserver la contrainte par corps, sous prétexte qu'elle n'est pas un *accessoire*, mais une *qualité* de la créance, qui a dû par conséquent s'éteindre avec elle. Mais ne puis-je pas dire aussi : Le privilége n'est pas un *accessoire* mais une *qualité* de la créance? donc la subrogation ne peut pas le conserver. Je le puis d'autant mieux que l'article 2095 présente le privilége comme un droit résultant de la *qualité* de la créance, droit qu'une convention accessoire ne pourrait pas créer, quand la créance n'a pas cette qualité à laquelle la loi l'attache; tandis que la contrainte par corps peut, dans certains cas, être stipulée après coup, comme accessoire de la dette, pour lui servir de garantie (*V*. art. 2060, 5°, et 2062).

Dira-t-on que les actions de prêt, de mandat ou de gestion ne sont pas des droits auxquels puisse s'adapter la contrainte par corps? Mais ces actions sont-elles donc plus susceptibles de recevoir pour garantie des hypothèques légales, le privilége d'un vendeur?

La solidarité est également, dit-on, une *qualité* de la créance qui s'éteint nécessairement avec elle; et pourtant la solidarité n'est-elle en réalité autre chose qu'une garantie de la dette, un cautionnement d'une nature particulière et préférable pour le créancier au cautionnement ordinaire? Cela est si vrai que la caution est présentée dans l'article 2021 comme jouant le rôle de débiteur solidaire. Voyez encore l'article 1216, où il est dit qu'un débiteur solidaire n'est quelquefois qu'une simple caution dans ses rapports avec ses codébiteurs.

L'action en résolution pour défaut de payement du prix de vente est encore une *qualité* que la subrogation ne peut faire survivre à la créance. En effet, a-t-on dit quelquefois, la résolution de la vente suppose la non-exécution des obligations de l'acheteur. . . . . Or, il est évident que le payement, quoique fait par un tiers, a éteint la dette de l'acheteur (ce qui est toujours, comme on voit, résoudre la question par la question même); donc la vente est exécutée de part et d'autre; donc la résolution ne peut être demandée pour cause d'inexécution.

Mais ce qui prouve la fausseté de cet argument, c'est que, s'il était fondé, aucune subrogation ne serait possible; le privilége

comme le droit de résolution s'éteindrait nécessairement avec la créance. On dirait : l'exercice du privilége d'un vendeur suppose la non-exécution de l'obligation de l'acheteur. Or, il est évident que le payement, quoique fait par un tiers, a éteint l'obligation de l'acheteur ; le contrat de vente a donc été exécuté ; le privilége ne peut donc pas être exercé. Comment pourrait-il encore être question d'un privilége lorsque le droit qu'il garantissait a reçu sa pleine exécution et produit tous les effets que les parties pouvaient en attendre !

L'élection de domicile, l'indication d'un lieu où le payement doit être effectué, *l'antichrèse* surtout, la clause pénale aussi, qui, aux termes mêmes de l'article 1226, « assure l'exécution de l'obligation, » ne sont-elles donc pas des accessoires de la dette, des accidents qui la modifient dans l'intérêt du créancier, en lui procurant un moyen plus facile, plus sûr ou plus prompt, d'en obtenir l'exécution? Pourquoi, dès lors, en refuse-t-on le bénéfice au subrogé?

Je ne puis pas, je le confesse, comprendre la différence exacte qu'on entend faire entre les qualités d'une créance et ses prérogatives, accessoires ou garanties.

Toute créance se compose nécessairement de trois éléments, d'une personne, sujet passif, d'une autre personne, sujet actif, et d'une chose objet de droit. Ces éléments essentiels constituent l'état normal et naturel de la créance ; mais cet état peut être modifié de mille manières, au moyen de qualités accidentelles que la convention des parties ou la loi pour elles attache à la créance, modalités ou accessoires dont l'effet est toujours de rendre l'exécution de l'obligation soit plus prompte ou plus sûre dans l'intérêt du créancier, comme un titre exécutoire, une contrainte par corps, une clause pénale, un privilége, etc., soit plus facile et moins onéreuse pour le débiteur, comme un terme, la stipulation d'un certain lieu où il pourra payer ; tout ce qui peut améliorer la créance dans l'intérêt du créancier, ou l'amoindrir dans l'intérêt du débiteur, est une prérogative active ou passive de la créance, un accessoire, une garantie.

Cela posé, nous pouvons dire à nos adversaires : ou la subrogation conserve toutes les prérogatives de la créance, ou elle n'en

conserve que quelques-unes. Au premier cas, votre système se confond avec le nôtre; la différence est encore dans les mots, elle n'est plus dans les choses. Au second, vous faites une loi absurde, puisque, contrairement au but qu'elle se propose, vous déclarez éteintes les garanties dont la conservation, à défaut de celle des priviléges, hypothèques ou cautionnements, aurait pu déterminer un tiers à venir au secours du débiteur. Vous éteignez l'antichrèse, c'est-à-dire le gage immobilier, et vous conservez le gage mobilier, puisque ce gage renfermant un privilége se trouve compris dans l'énumération des accessoires que la loi conserve expressément; et cette théorie restrictive que rien ne peut expliquer, comment la soutenez-vous? En violentant les textes de la loi au point qu'ils ne sont plus reconnaissables, en effaçant dans l'article 1250, 1°, les mots : *droits et actions*; en remplaçant dans l'article 1250, 2°, les mots : *les droits du créancier*, par : *les accessoires des droits du créancier;* dans l'article 2029, les mots : *tous les droits*, par : *quelques-uns des droits*, ou plutôt par : *quelques accessoires* des droits appartenant au créancier originaire.

Votre théorie est arbitraire dans ses conséquences comme dans son principe, et vous n'avez pour la soutenir qu'une pure affirmation, car tout vous est contraire, l'autorité de l'histoire, le texte et l'esprit de la loi, la raison et l'intérêt du crédit public.

FRÉDÉRIC MOURLON.

(La suite à un prochain cahier.)

Dumoulin et la jurisprudence sur la nature de la légitime ou réserve.

Par M. GINOULHIAC, docteur en droit, à Paris.

DEUXIÈME ARTICLE [1].

Dans l'exposé que nous avons fait de sa doctrine, nous avons vu Dumoulin répondre à ces deux questions : Qu'est-ce que la légitime? qu'est-ce que le don en avancement d'hoirie? Sur la première il formule un système que nul n'avait, sinon connu, du moins complétement développé avant lui, et qui était le résultat d'un mélange des principes du droit romain sur la légitime et de ceux du droit coutumier sur les successions. Ce système, complet et homogène autant qu'il pouvait l'être avec de semblables éléments, fut adopté par la doctrine et la jurisprudence des siècles postérieurs dans les pays de coutume. Sur la seconde, il tâche de concilier par une distinction les opinions contradictoires dont quelques arrêts nous révèlent l'existence antérieure, tout en nous prouvant qu'elles avaient survécu à l'essai de transaction du grand jurisconsulte.

Nous ne tracerons point ici avec détail le tableau de la législation et de la jurisprudence de l'époque où écrivait Dumoulin, pour relever le mérite de ses travaux. Des principes mal assurés, des textes confus, incomplets, mal digérés (les coutumes, notamment celle de Paris, n'étaient pas encore réformées), une tradition peu sûre, formaient les seules ressources du jurisconsulte coutumier. Le droit romain lui offrait, il est vrai, une source abondante de principes et de solutions; mais il fallait y puiser avec discrétion, et plutôt opposer des barrières qu'ouvrir une voie au flot envahissant de ses textes. Dumoulin comprit la grandeur de la tâche, et, avec une sûreté de jugement et une subtilité d'esprit qui ont assuré à ses opinions une autorité incontestée, il l'ac-

[1] *V.* t. II, p. 443.

complit en partie. Toutefois, sacrifiant son indépendance à la nécessité d'un point d'appui pour ses opinions, et à l'esprit de son siècle, il détourna le cours des lois romaines, qu'il employa même au profit du droit coutumier, n'osant l'arrêter par des principes contraires nettement formulés.

Ce que Dumoulin avait fait, ses successeurs l'acceptèrent; ajoutant à l'autorité des solutions qu'il avait mises à l'abri de toute controverse, mais aussi à l'incertitude de celles qu'il n'avait pas assurées. Le temps seul et la codification pouvaient leur donner cette fixité; mais nous est-il permis de dire encore, en présence surtout des questions qui nous occupent, qu'ils la lui aient donnée? Quoi qu'il en soit du présent, nous avons à retracer pour le passé l'opposition constante des deux jurisprudences des pays de droit écrit et des pays de coutume, et l'influence de Dumoulin sur cette dernière; ce qui justifiera ces réflexions préliminaires.

Pour la législation les coutumes réformées avaient, il est vrai, succédé aux premières rédactions, et des dispositions nouvelles avaient complété ou changé même les anciennes; mais un vaste champ restait encore ouvert aux fluctuations de la doctrine et de la jurisprudence. Relativement à la légitime, qui prit dès lors place dans la législation, quelques textes furent ajoutés à la nouvelle coutume de Paris dont nous avons surtout à nous occuper.

L'un des plus importants, le plus important même, est l'article 298 dont nous reproduirons par cela même ici les termes : « La légitime est la moitié de telle part et portion que chacun en-» fant eût eu en la succession desdits père et mère, aïeul ou » aïeule ou autres ascendants, si lesdits père et mère ou autres » ascendants n'eussent disposé par donations entre-vifs ou der-» nière volonté. Sur le tout déduit les dettes et les frais funé-» raux. » L'article 274 de la coutume d'Orléans n'en est que la reproduction [1].

Voici maintenant les commentaires que, Dumoulin aidant, les jurisconsultes firent de ce texte : la légitime, moitié d'une part

[1] Dans les nouvelles coutumes réformées depuis 1580, on adopta les dispositions de celle de Paris relativement à la quotité de la légitime; ainsi : Calais, 5. — Chauny, 49. — On les appliqua même dans les pays coutumiers où la coutume n'avait pas fixé cette quotité.

héréditaire, fut nécessairement une portion de l'hérédité. Parsuite elle emprunta ses règles à cette dernière, et le légitimaire fut *saisi* comme l'héritier lui-même. Les intérêts et les fruits furent dus au premier comme au second dès l'instant du décès [1]; ce qui s'appliquait non-seulement à la légitime, mais encore à son supplément [2]. La demande de légitime n'était dès lors qu'une action en pétition d'hérédité, qui ne pouvait être intentée que par celui qui avait la qualité d'héritier, ce qui excluait le renonçant [3], qui ne se prescrivait que par trente ans, et qui donnait droit au légitimaire, non pas seulement à la valeur de la légitime, mais aux corps héréditaires qu'il pouvait poursuivre entre les mains des tiers détenteurs, sans être obligé de discuter auparavant le donataire qui les leur avait transmis [4].

Quant au rapport, nous citerons ce que dit Ricard dans un passage où il résume assez bien son opinion sur la nature de la légitime, n° 1149 : « Dans notre usage le droit de rapport est établi avec beaucoup plus de fermeté, la volonté du père n'y peut donner aucune atteinte, et nous ne le rendons pas susceptible de toutes ces distinctions que le droit romain y avait admis. D'où il s'en suit que la légitime ne pouvant se prendre qu'à titre d'héritier, il faut nécessairement que celui qui la *demande* rapporte tout, ce qu'il ferait s'il venait à la succession entière de son père;

[1] Coquille, coutume de Nivernais, titre *Des donations*, art. 7. — Ricard, Traité des donations, 3e partie, chap. VIII, sect. 13, n° 1163 : Parmi nous, où l'héritier, par notre usage, est saisi de plein droit, les enfants qui prennent la légitime en cette qualité gagnent les fruits de leur portion en vertu de cette possession civile à l'égard des légataires et des donataires, lesquels sont considérés en cette rencontre comme cohéritiers qui sont tenus de rapporter au profit les uns des autres les fruits des avantages qu'ils ont reçus dès l'instant du décès du défunt sans interpellation et sans demande. — *Ibid.*, Lebrun, Traité des successions, liv. II, chap. III, sect. 8.

[2] Champagne seul, dans son *Traité de la légitime et de la représentation*, soutient qu'il n'en est pas ainsi, et attaque la décision de Dumoulin (*V.* pages 195-196).

[3] Coquille, *ubi suprà*, — Ricard, *ibid.*, n° 978. — Lebrun, *ibid.*, section 1.

[4] Lebrun, sect. 8 : mais il faut dire le contraire, et le légitimaire peut s'adresser directement à ce tiers détenteur; parce qu'il a un droit réel sur l'héritage qui lui appartient pour partie, la légitime étant *quota hæreditatis*, et la part se faisant au légitimaire par voie de partage et par jet de lots, ni plus ni moins, à proportion que s'il était héritier. – Ricard, n° 1102.

Pothier, dans son *Traité des donations entre-vifs*, résume en quelques pages et confirme l'opinion de Ricard et de Lebrun sur les points que nous venons d'indiquer. Sect. 3, §§ 5 et 6.

et je ne crois pas qu'on puisse établir aucune différence pour ce regard, puisque l'un et l'autre se perçoivent en la même qualité; si bien que je tiens indistinctement et n'établis pas d'autre règle que tout ce qui doit être rapporté par un enfant venant à la succession de son père, est aussi sujet à imputation sur la légitime qu'il *demande*, si ce n'est pour quelques choses légères... »

Un parallèle qui nous obligerait à des redites n'est assurément pas nécessaire pour prouver que Ricard, Lebrun et Pothier, n'ont fait qu'adopter et reproduire sur tous ces points l'opinion de Dumoulin, qui fut aussi confirmée par la jurisprudence [1]. Il est même à remarquer qu'on ne cite d'autre autorité que cette opinion, parce que le droit romain était contraire, comme nous le verrons bientôt.

Cette assimilation complète du légitimaire et de l'héritier, si elle avait ses avantages, ne manquait pas d'inconvénients. Le plus grave c'est qu'elle soumettait le légitimaire demandant sa légitime au payement des dettes de la succession, de telle sorte que le retranchement des donations excessives ne profitait point en définitive à celui en faveur de qui il avait été établi, mais bien aux créanciers même postérieurs à ces donations. Dumoulin avait entrevu la difficulté, mais il avait bravement accepté les conséquences de son système; car si dans son conseil 35 il décharge le légitimaire des dettes, il raisonne, nous l'avons déjà fait observer, d'après les principes du droit romain, et met en avant celui-ci que pour réclamer sa légitime il ne faut pas être héritier; ce qui est contraire à tout son système coutumier sur cette matière. Coquille, frappé de la position désavantageuse du légitimaire, veut qu'il puisse se dire héritier quant à la légitime seulement. Ricard propose l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, comme devant conserver au légitimaire sa qualité d'héritier en le dégrevant des dettes de la succession. Lebrun distingue entre le cas où il y a des biens exstants dans la succession et celui où il n'y en a pas, et n'admet le système de Ricard que pour ce dernier [2].

[1] Parmi les nombreux arrêts nous citerons, pour la demande de légitime, l'arrêt dit de Saint-Vaast, du 3 décembre 1642; pour les fruits et intérêts, un de 1590; pour la prescription, un de 1612.

[2] Coquille, *ubi suprà*. — Ricard, nos 984-985. — Lebrun, sect. 2.

Tous ces systèmes, plus ou moins ingénieux, renferment une inconséquence [1], dont n'ont pas manqué de tirer parti contre les jurisconsultes des pays de coutume ceux des pays de droit écrit, et que la faveur seule de la légitime peut justifier [2].

Il nous reste encore une question à examiner pour que notre analyse de la doctrine et de la jurisprudence des pays coutumiers soit complète; c'est celle de la quotité de la légitime.

A l'époque où écrivait Dumoulin, comme nous l'avons dit précédemment, on appliquait la novelle 18 d'après laquelle la légitime formait une masse du tiers ou de la moitié des biens héréditaires. Cette masse variant avec le nombre des enfants, il importait beaucoup de savoir si les renonçants, les absents, les morts civils religieux devaient être comptés. Dumoulin n'avait admis pour faire nombre que les renonçants qui avaient reçu quelque chose. Sa doctrine fut suivie, quoique, au lieu d'une masse attribuée à tous les enfants, la légitime fut individuellement fixée pour chacun d'eux à la moitié de la part qu'il aurait eue dans la succession (art. 298 de la coutume de Paris).

Or, d'après la nouvelle disposition de la coutume de Paris, la quotité disponible était invariablement, quel que fût le nombre des enfants, de la moitié de tous les biens du père; le donataire n'avait donc nul intérêt à ce que l'on comptât plus ou moins d'enfants venant à la succession : s'il étaient deux, il avait 2/4; trois, 3/6; quatre, 4/8; dans tous les cas, 1/2.

Mais pour l'autre moitié, les légitimaires étaient sans contredit intéressés à la manière de compter et à savoir s'ils seraient deux, trois ou quatre à prendre part. On écarta d'abord les prédécédés et les morts civils, on écarta aussi les renonçants et ceux qui avaient été valablement exhérédés et qui n'avaient rien reçu. Quant à ceux qui avaient reçu quelque chose, on distingua entre les religieuses qui avaient reçu une dot et les autres donataires ou légataires renonçants [3].

[1] Argou dit aussi avec raison : qu'on n'accorde cette dispense au légitimaire que par *extrà*. Institutions au droit françals, liv. II, chap. 20.

[2] Berroyer sur Bardet, liv. III, 37. — Roussilhe, n° 86, V. *infrà*, et Lebrun, section 6.

[3] Ricard, section 6. — Champagne, chap. III. — Roussilhe, les Institutions au droit de légitime, chap. II, sect. 2, p. 119, édit. de 1779.

« On ne doit pas, dit Pothier, compter une fille religieuse, quoiqu'elle ait reçu une dot égale à la part qu'elle aurait eue dans la succession, si elle fût restée dans le siècle; car ce n'est pas la dot qu'elle a reçue, mais sa profession qui l'exclut de la succession. » Dans ce cas la fille est censée prédécédée, elle est donc forcément considérée comme étrangère à la succession, et sa dot, ne pouvant représenter sa part héréditaire, est imputée sur la quotité disponible. Au contraire, « on doit compter ceux qui renoncent en conséquence des legs ou donations entre-vifs qu'ils ont reçus; car ils y seraient venus (à la succession) s'ils ne les eussent pas reçus, d'où il suit qu'ils doivent être comptés pour régler la part qu'aurait eue le légitimaire dans la masse des biens qui se seraient trouvés, si le défunt n'avait fait ni donations ni legs. Quant aux filles renonçantes, n'étant incapables qu'en conséquence de la dot qu'elles ont reçue, il est également vrai de dire qu'elles auraient partagé si le défunt n'avait fait aucune donation. » En d'autres termes, la donation ou la dot représente dans ces deux derniers cas la part du légitimaire; il doit donc être compté, et ce qu'il a reçu doit être imputé sur la légitime [1]. S'il y a plus, l'excédant est soumis au retranchement comme toutes les donations; s'il y a moins, le surplus appartient par droit d'accroissement aux légitimaires héritiers.

Nous avons cité l'opinion de Pothier seul, parce qu'il résume et clot sur ce point l'ancienne jurisprudence et la doctrine des jurisconsultes coutumiers, notamment celle de Ricard et de Lebrun [2]. Il est à remarquer toutefois que Dumoulin, en comptant même les renonçants, favorisait les légitimaires qui acceptaient la succession; tandis que sous l'empire de l'art. 298 de la nouvelle coutume de Paris, plus grand était le nombre des légitimaires comptés, et moindre était la légitime de chacun des acceptants.

Avant d'examiner notre seconde question, de la nature du don en avancement d'hoirie dans les pays de coutume, il nous paraît utile de rappeler en quelques mots les principes de la jurisprudence et de la doctrine dans les pays de droit écrit, sur les di-

[1] Pothier, *ubi suprà*, §§ 3 et 4.

[2] Traité des donations, 3e partie, chap. VIII, sect. VII. — Traité des successions, liv. II, chap. III, sect. 6.

vers points que nous avons examinés relativement à la nature de la légitime.

Le légitimaire peut demander la légitime ou son supplément quoique ayant renoncé, même par contrat de mariage, à la succession, et cela, comme dit Roussilhe, parce que la légitime, en pays de droit écrit, est *une portion des biens et non de l'hérédité.* Telle était l'opinion de Dumoulin, de Despeisses, de maître Guillaume de la Champagne, Berroyer, Furgole, et plusieurs autres [1]. Mais elle ne régnait pas sans contradiction, non point qu'on voulût appliquer les principes du droit coutumier, il s'agissait seulement entre ceux qui soutenaient que le renonçant ne pouvait pas réclamer la légitime en pays de droit écrit et ceux qui lui accordaient ce droit, de savoir si la novelle 115 était ou non en vigueur dans cette partie de la France. Par cette novelle, Justinien avait prescrit aux pères de laisser à leurs enfants la légitime ou du moins une partie de la légitime à titre d'héritier; et de là on concluait avec raison que si elle ne pouvait être laissée, elle ne pouvait être demandée qu'à ce titre. C'était là une question de fait; on trouve néanmoins des auteurs qui disent que la novelle n'a jamais été reçue en France, d'autres au contraire, et ce sont les plus modernes, qu'elle l'a toujours été. La jurisprudence de la plupart des parlements de droit écrit, appliquait ses dispositions lorsque l'ordonnance de 1735 (art. 50-51) les confirma.

Les intérêts de la légitime sont dus de plein droit et sans interpellation du jour du décès, aussi bien en pays de droit écrit qu'en pays de coutume; mais non point par les mêmes raisons. Les auteurs qui appartiennent au premier se fondent, non sur la saisine, comme ceux du second, mais sur la nature particulière de la légitime qui ne peut recevoir ni terme ni condition [2].

La légitime peut être payée en Provence en argent ou en corps

[1] Dumoulin, *Consil.*, 35, n° 16. — Despeisses, Des successions testamentaires et *ab intestat*, partie I, sect. 1. — Champagne, chap. XXII. — Berroyer, *ubi suprà.* — Furgole, Traité des testaments, t. IV, chap. X, sect. 2 — Catelan, II, 43. — Julien, Statuts de Provence, t. I, p. 490. — Mais, Rousseau de Lacombe, Jurisprudence civile, v[is] *Légitime* et *Renonciation*, et Vedel sur Catelan, II, 43 ....

[2] Cambolas, II, 32, rapporte des arrêts contraires; mais, Serres, Institutes du droit français, liv. II, tit. 20. — Vedel, sur Catelan, II, 36. — Julien, Statuts, I, 486 et 490.

héréditaire ; ce qui, toutefois, doit être considéré comme une singularité ; car l'opinion générale des auteurs est que les légitimaires peuvent demander la légitime en biens tels qu'ils se trouvent au jour du décès [1]. L'héritier institué doit d'ailleurs être discuté par les légitimaires, avant qu'ils puissent intenter leur action contre les tiers détenteurs. Cette action étant une *condictio ex lege*, comme l'appellent les uns, *personalis in rem scripta*, comme la nomment les autres, n'est éteinte que par la prescription trentenaire.

La quotité de la légitime était dans tous les pays de droit écrit, celle fixée par la novelle 18, chap. Ier, c'est-à-dire le *tiers* des biens du père, s'il y avait quatre enfants ou moins, la *moitié*, s'ils étaient cinq ou en plus grand nombre. Toutes donations, à moins de dispense expresse, étaient rapportées et imputées sur la légitime, contrairement aux principes de droit romain [2] ; et les renonçants qui avaient reçu quelque chose en don ou legs étaient comptés parmi les légitimaires. Mais on comptait aussi les religieux qui avaient reçu une dot pour entrer en religion, et les exhédérés parce que, en augmentant le nombre des enfants, sans augmenter celui des légitimaires prenant part, on augmentait la légitime, dont la cause était très-favorable d'après les dernières lois romaines [3].

Quoique les jurisconsultes des pays de droit écrit eussent adopté ce principe, que toute donation faite au fils successible est censée faite en avancement d'hoirie ; ils ne lui appliquaient pas moins pour tout le reste les règles des donations entre-vifs. Ainsi le donataire renonçant était dispensé du rapport (Nov. 92), il n'était pas soumis au payement des dettes postérieures à la donation, et il n'était soumis au retranchement que comme l'étranger lui-même. C'est-à-dire que s'il y avait plusieurs enfants donataires,

[1] Julien, I, 493.

[2] Ricard, *ubi suprà*, sect. 11, n° 1152. — D'Olive, liv. V, ch. 30. — Cambolas, II, 16. — Serres, II, 20. — Rousseau de Lacombe, v° *Légitime.*

[3] Dumoulin, sur l'article 14 du chapitre 12 de la coutume d'Auvergne, compte le religieux, afin, dit-il, d'augmenter la légitime. *V.* Julien, Statuts, p. 485. — Pour l'exhérédé, *V.* Champagne, p. 9. — Furgole, Testaments, t. III, chap. 8, sect. 2, n° 144. — Mais les articles 14 de la coutume d'Auvergne, 319 de celle de Bourbonnais et 229 de la Marche, contiennent des dispositions contraires, quoique ces coutumes suivent le droit romain pour la quotité de la légitime.

le retranchement ne s'opérait pas d'une manière générale et pour une part proportionnelle sur chaque donation, mais seulement en ayant égard à la date des donations, qu'elles fussent faites à des étrangers ou à des enfants, et en remontant des plus nouvelles aux plus anciennes.

On conçoit très-bien que dans les pays de droit écrit, où la légitime dérivait, non de la qualité d'héritier, mais de celle d'enfant, il n'y eût pas de différence à établir entre le donataire légitimaire par préciput ou renonçant et le donataire étranger. Quelques principes avaient été, il est vrai, successivement empruntés à la doctrine et à la jurisprudence des pays de coutumes, notamment en ce qui concernait les fruits de la légitime, son payement en corps héréditaires, l'obligation du rapport; mais le don fait au légitimaire n'en conserva pas moins les règles ordinaires de la donation entre-vifs. Cela ne fit jamais question dans les pays de droit écrit, ou du moins la doctrine et la jurisprudence y étaient dès longtemps fixées sur ce point [1].

Il n'en fut pas de même dans les pays de coutumes, et divers arrêts contraires nous révèlent la lutte qui s'y était établie, et que Dumoulin essaya de faire cesser par sa distinction de la donation en avancement d'hoirie expresse et de la donation en avancement d'hoirie tacite. Mais sa distinction ne fut pas admise, si nous en croyons l'annotateur anonyme de la nouvelle édition de la coutume de Paris de 1709; ou plutôt, adoptée d'abord par un arrêt de 1596, elle fut plus tard rejetée. Nous ne trouvons d'ailleurs, ni dans les arrêts ni dans la doctrine des siècles postérieurs, aucune trace de son opinion.

L'article 278 de la nouvelle coutume de Paris, conforme à l'article 159 de l'ancienne, réputait donnés en avancement d'hoirie tous meubles ou immeubles donnés par père ou mère à leurs enfants; mais l'article 307, ajouté lors de la réformation, disait, sans distinguer comme l'avait fait Dumoulin : « Néanmoins, ou celuy au-» quel on auroit donné se voudroit tenir à son don, faire le » peut, en s'abstenant de l'hérédité; la légitime réservée aux

[1] Despeisses, t. II. Des successions *ab intestat*, part. 2, sect. 2, n° 6. — Cambolas, liv. III, chap. 30. — Arrêts de Provence, de 1614 et 1636; — de Toulouse, de 1543 et 1603; — de Grenoble, 11 avril 1639.

» autres enfants. » La coutume d'Orléans, réformée trois ans après celle de Paris, en 1583, résume dans un seul article tout ce qui est relatif à ces donations : « Sont telles donations censées » et réputées en avancement d'hoirie et succession; pour raison » desquelles donations ne sont deus aucuns profits de fief, ou » censuel, ou autres droits seigneuriaux, par fils ou filles et » autres descendants en droite ligne, mariés ou à marier, aux- » quels lesdites choses seront données. Et lesquels enfants et » autres descendants pourront revenir et retourner aux dites suc- » cessions de leur père ou mère, ayeul ou ayeule, en rappor- » tant ce qui leur a été donné ou moins prenant. Et se pourront » iceux donataires se tenir à la donation qui leur aura été faite » en renonçant aux dites successions; pour ce que père ou mère, » ayeul ou ayeule, et autres ascendants, ne peuvent avancer l'un » de leurs enfants plus que l'autre venans à leurs successions. »

Nous avons transcrit ici les termes de cet article parce qu'il nous semble facile d'en conclure : 1° que le principe que le don fait aux enfants est en avancement d'hoirie avait été admis en faveur des enfants pour les dispenser du payement des droits de relief ou autres, et leur permettre de revenir à la succession; 2° qu'ils pouvaient renoncer au bénéfice de cette disposition, et que cette renonciation, qui les rendait étrangers à la succession, ne blessait nullement l'égalité dans le partage prescrite par la coutume, parce que cette égalité devait exister non entre les enfants, mais entre les héritiers. Dès lors, point de difficultés à ce que le légitimaire renonçant ait une plus forte part que les légitimaires acceptant la succession, pourvu que ceux-ci aient chacun leur légitime. Aussi n'est-il pas un seul auteur qui conteste au fils renonçant le droit de retenir sa légitime. Voici comment Ricard s'exprime à ce sujet, après avoir établi que pour demander la légitime le fils doit se porter héritier (n° 979) : « Cette résolution doit être limitée, lorsque les enfants demandent leur légitime contre leur frère donataire entre-vifs ou testamentaire de leur père commun; car comme il est en possession, *en vertu d'un juste titre*, de la part qu'il a droit de prétendre en la légitime, il a droit de la retenir par exception, sans qu'il soit tenu de changer de qualité pour cet effet; de sorte qu'il retiendra sa part en la légi-

time en qualité d'enfant; après que la légitime aura été levée pour tous les enfants en général, le surplus lui demeurera comme étranger en vertu de la donation; *et nous usons de ce droit sans contredit* [1]. »

D'après ce que dit Ricard, il est évident que le don en avancement d'hoirie est imputé d'abord sur la légitime du renonçant et puis sur la portion disponible; de telle sorte que le père, ayant épuisé en faveur d'un de ses enfants la quotité disponible ordinaire (la moitié, d'après la coutume de Paris), pourra encore donner à un étranger ou à un autre de ses enfants une part égale à la légitime du premier donataire. Cette légitime étant en effet comprise dans la moitié donnée, reste de cette moitié ou quotité disponible une portion dont le donateur a pu disposer sans léser la légitime des autres.

Soit, en effet, une succession, biens donnés compris, de 60,000 francs; le père a donné à l'un de ses enfants (ils sont trois) la moitié de ses biens, 30,000 francs; plus tard il a donné à un étranger 10,000 francs, légitime de chacun de ses trois enfants, d'après l'article 298 de la coutume de Paris. Si, comme le veut Ricard, on distrait d'abord la légitime de tous les enfants en général, y compris par suite le premier donataire qui renonce, restent 30,000 francs; or, l'enfant donataire a été compté pour 10,000 francs dans la légitime, il doit l'être pour 20,000 francs sur la portion disponible, et, dans ce cas, le donataire étranger peut retenir les 10,000 francs qui complètent cette dernière.

On pourrait objecter sans doute que la légitime du renonçant, étant une part de l'hérédité, doit accroître aux autres légitimaires; mais il ne faut pas oublier que le légitimaire renonçant est compté pour fixer la quotité de la légitime, et que, ce qu'il a reçu représentant sa part dans cette légitime, comme le dit Lebrun [2],

[1] Il est bien vrai, dit Lebrun, que l'enfant donataire contre lequel son frère demande sa légitime, a droit de retenir la sienne propre, quoiqu'il ait renoncé à la succession, mais c'est par la voie de l'exception, comme étant déjà saisi des biens en vertu d'un autre titre (liv. II, chap. 3, sect. 1, n° 28). — Argou, Institution au droit français, t. I, liv. 2, chap. 13, p. 366, édit. de 1771. — Pothier, à la veille de la rédaction de notre Code civil, disait encore: « *Mais tous conviennent* que, s'il est nécessaire d'être héritier pour demander la légitime par voie d'action, il n'est pas nécessaire de l'être pour la retenir par voie d'exception. » (Traité des donations, sect. 3, § 1.)

[2] Lebrun, sect. 6, n° 9 : « Je réponds que lorsque l'enfant qui fait part natu-

cette part doit être distraite et ne peut point accroître aux autres.

Quoi qu'il en soit d'ailleurs de la justice de cette doctrine, d'après laquelle le légitimaire renonçant n'est considéré ni comme étranger, puisque la quotité disponible s'augmente par rapport à lui de sa part dans la légitime, ni comme héritier, puisqu'il renonce, tout en retenant une portion des biens indisponibles ou de la succession, les résultats que nous avons donnés sont certains. On dira peut-être qu'ils sont contradictoires; nous ne pouvons répondre qu'en rappelant leur origine, le mélange du droit romain et du droit coutumier.

C'est en effet au droit romain qu'on a emprunté le droit de rétention du légitimaire renonçant, et Ricard, en l'établissant, cite la novelle 92. Or, la légitime n'étant pas, d'après les principes des pays de droit écrit, une portion de l'hérédité, et le légitimaire pouvant la demander sans être héritier, rien ne s'opposait à ce qu'il la retînt même en renonçant. Ce système était simple et homogène; nous pouvons en dire autant de celui des pays coutumiers avant que les dispositions des lois romaines l'eussent envahi.

L'enfant émancipé était considéré comme étranger, il retenait ce qu'il avait reçu, mais ne pouvait rien réclamer de plus. Quant au fils non émancipé, encore dans la *celle*, il devait se contenter de la réserve coutumière et des biens exstants dans la succession. Plus tard, le droit de rapport fut admis en faveur des émancipés; ils furent censés être restés toujours dans la maison paternelle, mais alors ils durent partager par égales portions avec leurs frères. Pour que cela fût possible, on avait déclaré que le don fait par le père à ses enfants était en avancement d'hoirie; c'était dès lors aussi une portion de l'hérédité qu'avait entre ses mains le donataire; et s'il ne se portait pas héritier, il n'en était pas moins obligé de la rapporter à la succession. Ce système était celui des coutumes d'égalité parfaite et nous paraît être le plus ancien; mais il ne fut pas le plus généralement admis [1].

rellement, c'est-à-dire à qui, par nature, il est dû sa part dans la succession ou dans la légitime, qui est une portion de la part héréditaire, renonce en se tenant à une donation, il est vrai de dire, en ce cas, qu'il a sa portion légitimaire, puisqu'il en a la valeur, et qu'il est donataire en avancement d'hoirie. »

[1] Maine, 346 : « Si le père ou autre roturier donne à aucuns de ses enfants ou

D'autres coutumes, voulant maintenir l'égalité entre les enfants, et cependant ne pas rendre le rapport forcé, puisqu'il avait été établi en leur faveur, permettaient au renonçant de retenir la part qu'il aurait eue s'il se fût porté héritier [1].

Mais cette égalité absolue de l'ancien droit, et les entraves qu'il mettait à la libre disposition d'une partie de la fortune en faveur des enfants, devinrent odieuses aux jurisconsultes coutumiers eux-mêmes. Coquille, le rival de Dumoulin, s'écrie à ce sujet : « Avoir la liberté de disposer de ses biens envers un » étranger et ne l'avoir pas envers ses enfants qui doivent subjec- » tion et obéissance; se reconnaître être subjet à l'endroit où » l'on doit commander; et tant bons et obéissants que soient ses » enfants, c'est grand ennui à un bon et honnête cœur de sentir » sa servitude et privation de liberté. » Le droit de renonciation leur offrait un remède à l'égalité absolue, et ils l'admirent. Les coutumes prescrivirent bien toujours, sauf quelques-unes [2], l'égalité entre les héritiers, mais elles ne la prescrivaient pas entre les enfants : *nul ne peut être héritier et légataire ou donataire d'un défunt tout ensemble*, comme dit la coutume de Paris et après elle la plupart des autres; mais qu'il abdique la qualité d'héritier, et il pourra conserver celle de donataire ou exercer ses droits de légataire [3]. Toutefois il y a cette différence que nous avons déjà notée entre la donation et le legs, que l'une peut comprendre la légitime en même temps que la quotité disponible, tandis que

héritiers présomptifs, soit en advencement de son droit successif ou autrement; et après sa mort, le dit enfant veuille renoncer à sa succession, il y sera reçu avant qu'autrement se porter héritier, en rendant à l'ordonnance de justice tout ce que son dit père, mère ou autre parent lui a donné. Et faudra qu'il supporte à la raison de la valeur en quoi estaient les dites choses au temps d'iceluy don : toutesfois, tel donataire ne sera tenu de rendre les fruits des choses données. » *Sic* Anjou, 334. — Touraine, 304, 309. — Lodunois, XXIX, 7 et 12. — Perche, 125, 126. — Châlons, 71.

[1] Clermont en Argonne, VII, 14. — Bar, 238. — Vitry, 73. — Poictou, 218. — Angoumois, 49, 51, 115.

[2] Ces coutumes sont celles qui permettaient au père le don par préciput. — Berri, XIX, 34, 49. — Bourges, 111. — Bourbonnais, 308. — Reims, 287, 288, 320. — Et les coutumes des pays de droit écrit, telles qu'Auvergne, XII, 46. — Bordeaux, 63, 64.

[3] Senlis, 213, 217. — Clermont en Beauvoisis, 129, 131, 137. — Bassigny, 156. — Mantes, 144, 149, 156. — Troyes, 128, 142. — Meaux, 12, 13, 14, 26. — Melun, 232, 249. — Sens, 72, 85, 170, 267. — Auxerre, 218, 219, 229, 230, 244. — Chartres, 88, 99, 100. — Blois, 158, 167.

l'autre ne peut jamais se prendre que sur cette dernière.

C'est ainsi que les jurisconsultes, après avoir emprunté au droit romain la légitime en faveur des enfants et contre la faculté de disposer des meubles et acquêts d'une manière absolue, attribuée au donateur par le droit coutumier, accordèrent au père, par une sorte de compensation, la faculté d'avantager l'un de ses enfants au préjudice des autres, moyennant la renonciation : double atteinte portée aux anciens principes. Quelquefois même, par la renonciation, le fils pouvait se dispenser du rapport nonobstant la volonté du père expresse ou tacite, et par là avoir une part plus forte que celle de ses frères acceptants, contrairement à cette même volonté. A ce point que quelques coutumes réputaient non avenue l'obligation de rapporter imposée au donataire par une clause expresse. Et c'est pour ne pas affaiblir la force de la renonciation que la distinction de Dumoulin, fondée sur la volonté du père, ne fut pas admise. Mais l'égalité coutumière ne céda pas sans lutte; nous avons indiqué les coutumes qui l'avaient maintenue, nous devons parler à présent d'une question célèbre pour la solution de laquelle elle trouva encore des partisans, mais qui fut comme le dernier champ de bataille sur lequel elle devait définitivement succomber.

Je veux parler de la fameuse question, qui depuis longtemps, il est vrai, n'en est plus une, de la contribution des donations à la légitime. Fallait-il faire contribuer indistinctement, et quelle que fût leur date, toutes les donations faites aux enfants? Ou bien fallait-il commencer par les dernières, et ne remonter aux premières qu'autant que celles-là auraient été entièrement absorbées et ne suffiraient pas pour parfaire la légitime?

Dumoulin paraît avoir résolu la question dans le premier sens. Voici ses termes : *Et non solum ultima donatio actu lædens legitimam dicitur inofficiosa, sed etiam per eam priores fiunt aut deleguntur inofficiosæ.* Cette partie de la doctrine de Dumoulin fut consacrée par plusieurs arrêts, et surtout par celui dit de Faverolles qui avait fait grand bruit dans l'ancienne jurisprudence, et à propos duquel fut renouvelée la lutte entre le droit romain et l'égalité coutumière.

Les motifs de cet arrêt célèbre, à l'autorité duquel le nom du

premier président de Lamoignon qui l'avait rendu devait ajouter, ne nous sont pas connus, les décisions des cours souveraines n'étant pas autrefois motivées. Mais, si nous en jugeons par un petit *Traité de la contribution à la légitime par tous les enfants donataires*, dédié, en 1702, à monseigneur de Lamoignon fils, président à mortier, qui avait donné ses conclusions en qualité d'avocat général lors de l'arrêt de Faverolles en 1675, les motifs n'étaient autres que ceux que Dumoulin avait mis en avant pour distinguer la donation en avancement d'hoirie expresse de la donation en avancement d'hoirie tacite, c'est-à-dire l'égalité des enfants à laquelle le père a manifesté l'intention de ne pas déroger. « C'est ce qui est à vous, dit l'auteur [1] dans son épitre dé» dicatoire, que j'ai l'honneur de vous offrir ici. Je n'ai fait que » recueillir les principes de votre décision, persuadé qu'ils se» roient encore assez solides et assez convaincants, tout dénués » qu'ils seroient de la force que vous leur aviez prestée. »

Dans l'indication des sources de l'erreur contraire à son sentiment, l'auteur du traité en signale deux : l'assimilation de la donation à la vente et de l'enfant donataire au donataire étranger; « la seconde est, dit-il, d'avoir pris l'action de la légitime pour une demande en payement d'une créance. » Double erreur, si erreur il y a, qu'on soutenait alors, comme nous l'avons vu, dans les pays de droit écrit. Quant aux conséquences de cette opinion qu'il combat, outre l'inégalité injuste entre les enfants, il signale celle-ci : c'est que si le dernier donataire est insolvable et que la dernière donation soit seule inofficieuse, les légitimaires sont réduits à la mendicité. Les reproches étaient fondés; mais Pothier, qui constate que de son temps les auteurs étaient partagés sur la question de savoir si, en cas d'insolvabité du premier donataire, l'enfant pourrait se pourvoir contre les donataires antérieurs, soutient qu'il le faut parce que c'est tout comme si le donateur avait dissipé lui-même.

Voici d'ailleurs ce que pense Ricard du retranchement, et en quels termes il parle de l'arrêt de Faverolles : « Les donations ne doivent pas être toutes soumises au retranchement, mais il faut

[1] L'auteur de ce traité est un sieur Berger, qualifié dans le privilége d'avocat en parlement et notaire au Chastelet de Paris.

commencer par la dernière. Et si le contraire, ajoute-t-il, avait lieu, il serait permis au donateur de révoquer une première donation qu'il aurait faite, puisque, en faisant une seconde donation des biens qui lui restaient pour la légitime de ses enfants, il donnerait lieu, par son propre fait, à la révocation d'une partie de la première donation, ce qui est contraire aux principes de la donation entre-vifs qui ne peut pas recevoir d'atteinte par le fait et la volonté libre du donateur. » Il s'appuie, pour soutenir le retranchement successif, sur la loi 16, D. *De jure patronatus*, et sur la jurisprudence des pays de droit écrit. « Néanmoins, continue-t-il, par arrêt intervenu au rôle des jeudis durant le carême de l'année 1675, plaidant Me Sever et Me Jean-Marie Ricard, mon fils aîné, le contraire a été jugé entre les Faverolles, et que les enfants donataires de sommes de deniers devaient contribuer également à la légitime de leur frères, sans s'arrêter à l'ordre des donations à eux faites par contrat de mariage. »

Lebrun adopte toutes les raisons de décider de Ricard et repousse celles des adversaires, notamment l'argument tiré de l'égalité; « car elle (la raison de l'égalité) ne milite ici qu'imparfaitement, et puisque l'on n'égale pas les enfants donataires aux légitimaires, mais que souvent les légitimaires n'ont que la moitié de ce qui reste aux donataires, il semble que l'on peut bien se passer aussi d'égaler les donataires entre eux, d'autant plus que la donation n'est pas un titre d'égalité, mais bien la succession suivant l'article 303 de la coutume de Paris, qui ne prescrit l'égalité entre les enfants que quand ils viennent à la succession. »

Dans l'année 1675 elle-même, le 7 septembre, la chambre des enquêtes rendit un arrêt contraire à celui des Faverolles, et en 1688 fut définitivement proscrite, sur les conclusions de l'avocat général Talon, la doctrine de l'égalité des enfants légitimaires et consacrée celle du droit romain. Cela ne faisait plus question du temps de Pothier; l'article 34 de l'ordonnance de 1731 avait tranché la difficulté.

Ainsi, assimilation du légitimaire à l'héritier quand il demande sa légitime; au contraire, assimilation du légitimaire au donataire étranger quand il renonce et retient seulement le don qui lui a été fait. Mais, dans le premier cas, dispense du paye-

ment des dettes ; dans le second, faculté de retenir sa légitime, part de l'hérédité, outre la quotité disponible : voilà en deux mots le système des jurisconsultes coutumiers, dont nous n'avons cru devoir dissimuler aucune conséquence, aucune contradiction même. Par là seulement il était possible de reconnaître et surtout de ne pas exagérer l'influence qu'il a pu exercer sur notre législation et sur notre jurisprudence modernes, desquelles il nous reste à nous occuper.

C. GINOULHIAC.

(La fin à un prochain cahier.)

Loi du 31 janvier 1846, sur l'organisation judiciaire du canton de Vaud.

Par M. S. VAN MUYDEN, avocat à Lausanne.

L'acte sommaire du 14 février 1845, qui, après la révolution de ce jour, jetait les bases du nouvel ordre de choses dans le canton de Vaud, demandait *la réforme de l'organisation judiciaire.* Cette organisation laissait effectivement beaucoup à désirer : depuis longtemps elle paralysait tous les essais d'amélioration tentés dans le domaine de la procédure civile; on était même généralement d'accord qu'elle exigeait de nombreuses et importantes modifications, et lorsque le parti conservateur essaya de faire rejeter le projet de nouvelle constitution, il adopta pour devise : constitution de 1831 *et réforme de l'organisation judiciaire.*

Mais il est plus facile de demander le changement d'une organisation existante que de la remplacer par une meilleure, et cette substitution était d'autant plus difficile à opérer dans l'espèce, qu'il ne s'agissait pas seulement d'introduire des améliorations, mais qu'il fallait encore les faire adopter par le grand conseil et par la nation.

Déjà, lors du débat sur la nouvelle constitution, l'on avait eu beaucoup de peine à s'entendre, et l'on s'était arrêté à l'idée de

ne poser dans la constitution que les bases fondamentales de l'édifice, en prenant parti sur le plus petit nombre de points qu'il serait possible, et en renvoyant le reste à la discussion de la future *loi sur l'organisation judiciaire*, dans laquelle on espérait parvenir plus facilement à s'entendre. Le projet de constitution établissait dans chaque cercle (il y en a soixante dans le canton) un juge de paix et une justice de paix, dans chaque district (il y en a dix-neuf) un tribunal, et pour tout le canton un tribunal cantonnal. L'institution du jury était garantie pour l'administration de la justice en matière criminelle, et une loi pouvait instituer le jury en matière correctionnelle.

La nouvelle constitution a été acceptée le 10 août 1845, et dans le cours de l'automne suivant, le conseil d'État a présenté au grand conseil un projet de loi qui, après avoir, dans quatre débats consécutifs, subi de nombreuses et importantes modifications, est enfin devenu *la loi du 31 janvier* 1846, dont nous allons essayer de donner un résumé, en jetant quelquefois un coup d'œil sur la discussion qui l'a précédée.

Il y a pour l'administration de la justice :

1° Un tribunal cantonnal;

2° Dix-neuf tribunaux de district qui remplissent, suivant le mode de leur composition, les fonctions de :

a. Tribunal civil supérieur;

b. Tribunal civil inférieur;

c. Tribunal criminel;

d. Tribunal correctionnel;

e. Tribunal de police;

3° Soixante juges de paix et soixante justices de paix.

Outre ces autorités, il y a :

1° Un jury de jugement en matière criminelle;

2° Un jury de jugement en matière correctionnelle.

Le jury prononce sur le fait et les juges sur le droit.

Le *tribunal cantonnal* est composé de neuf membres nommés par le grand conseil pour quatre ans et renouvelés par moitié.

Pour être promu par élection soit à ce tribunal, soit à toute autre fonction judiciaire, il suffit d'être Vaudois, citoyen actif, et âgé de vingt-cinq ans révolus.

Le tribunal cantonnal est chargé des fonctions de tribunal de cassation dans les affaires civiles, pénales et militaires. Trois membres du tribunal forment le tribunal d'accusation.

L'ancienne législation n'établissait qu'une seule instance pour les affaires personnelles ou mobilières jusqu'à 400 francs (de Suisse); mais elle admettait l'appel en matière réelle ou immobilière et dans les questions d'État civil. Cet appel et cette double instance ont été abolis et remplacés par le recours en cassation, qui s'applique dès lors à tous les jugements rendus en matière civile; c'est là un des principaux changements introduits par la nouvelle loi.

Le conseil d'État proposait un jury *d'accusation*, soit en matière criminelle, soit en matière correctionnelle; mais le grand conseil a maintenu en ce point l'organisation existante, savoir, un tribunal d'accusation formé d'une section du tribunal cantonnal.

Chaque *tribunal de district* est composé de cinq membres nommés, pour quatre ans, par le conseil d'État et le tribunal cantonnal réunis, et il est renouvelé intégralement.

Chaque *tribunal civil supérieur* se compose du président du tribunal de district du for de la contestation, de deux juges du même tribunal, désignés à tour de rôle, et de deux présidents désignés chaque année dans les tribunaux des quatre districts voisins. Il connaît de toutes les contestations en matière personnelle, mobilière ou immobilière qui dépassent la limite de la compétence du tribunal civil inférieur, et de toutes les questions concernant l'état civil des personnes.

Chaque *tribunal civil inférieur* se compose du tribunal de district du for de l'affaire. Il juge toutes les actions personnelles ou mobilières dont le montant s'élève en capital à plus de 100 francs et n'excède pas 800 francs, et toutes les actions immobilières dont le capital ne dépasse pas non plus 800 francs.

Le président du tribunal de district ordonne toutes les mesures provisionnelles et conservatoires, tant en matière civile qu'en matière pénale, lorsqu'il s'agit d'affaires qui sortent des limites de la compétence du juge de paix. Il prépare et dirige les débats. On a supprimé, en effet, le *directeur des débats*, qui, depuis le

1[er] janvier 1838, dirigeait dans tout ce canton les débats devant les tribunaux criminels.

Chaque *tribunal criminel* est formé :

1° D'une cour criminelle, composée du président du tribunal de district du for du délit, qui préside le tribunal, et de quatre présidents des tribunaux des districts voisins; ces quatre présidents sont réduits à deux au moyen de l'élimination de l'un d'eux par l'accusé et d'un autre par le ministère public;

2° D'un jury composé de douze jurés, pris dans un arrondissement formé du district du for du délit et de deux autres districts désignés chaque année dans les quatre districts voisins.

Le tribunal criminel prononce sur tous délits excédant la compétence du tribunal correctionnel.

Chaque *tribunal correctionnel* est formé :

1° D'une cour correctionnelle, qui se compose du président du tribunal de district du for du délit et de deux juges du tribunal : les deux autres juges sont éliminés par voie de récusation péremptoire, un par le ministère public et un par l'accusé;

2° D'un jury composé de neuf jurés pris dans le district.

Le tribunal correctionnel prononce sur tous les délits qui dépassent la compétence du tribunal de police, et dont la peine, au maximum, n'excède pas quatre ans de réclusion ou d'emprisonnement ou 3,000 fr. d'amende.

Chaque *tribunal de police* est formé par un président du tribunal de district du for du délit et de deux juges du même tribunal désignés à tour de rôle. Il juge sans jury. Il prononce sur tous les délits qui se trouvent en dehors des attributions des municipalités, et dont la peine, au maximum, n'excède pas cent jours de prison ou 400 fr. d'amende.

Chaque *justice de paix* est composée d'un juge de paix, président, et de quatre assesseurs.

Les juges de paix sont nommés par le conseil d'État et le tribunal cantonnal réunis; les assesseurs sont choisis par le conseil d'État. Les uns et les autres sont nommés pour quatre ans, à l'expiration desquels le renouvellement s'opère intégralement.

Les justices de paix sont investies de la police tutélaire et pré-

posés aux actes de justice non contentieuse que la loi leur attribue.

Les juges de paix :

1° Tentent la conciliation dans toutes les contestations civiles, et en matière pénale dans toutes les affaires qui ne peuvent être poursuivies qu'en vertu d'une plainte ;

2° Jugent toutes les actions personnelles ou mobilières dont le capital n'excède pas 100 fr. ;

3° Exercent les fonctions de juges instructeurs en matière pénale : on est revenu, quant à ce point, au système qui avait été aboli, en 1837, par l'établissement de *juges d'instruction;*

4° Font les actes de justice non contentieuse que la loi leur attribue.

Quant au *jury*, le conseil d'État proposait que les jurés fussent choisis au moyen d'un tirage au sort entre tous les citoyens actifs âgés de vingt-cinq ans, de manière à avoir un juré sur cent âmes de population. Pour former le jury en matière criminelle, on devait tirer au sort, sur la liste générale de tout le canton, soixante jurés qui, par des récusations, auraient été réduits à douze. Pour former le jury en matière correctionnelle, on devait tirer au sort, sur la liste générale du district, quarante-cinq jurés qui, par des récusations, auraient été réduits à neuf. Le grand conseil a craint que dans ce système le sort ne pût porter, d'abord dans la liste générale, et ensuite dans les listes spéciales de soixante et de quarante-cinq jurés, des personnes absolument incapables de remplir les fonctions de jurés. Il importe de savoir, à cet égard, que, sauf un très-petit nombre d'exceptions, tous les Vaudois sont citoyens actifs. Les récusations ne pouvaient être envisagées comme un remède suffisant, parce que, dans la plupart des cas, elles se seraient exercées sur des citoyens totalement inconnus aux parties, et seraient ainsi devenues illusoires. Il ne pouvait être question d'établir des conditions d'aptitude qui auraient exclu certaines catégories de citoyens; il ne pouvait pas être question non plus de faire venir pour chaque affaire, en personne, les quarante ou quarante-cinq jurés, afin que les parties pussent au moins les voir avant d'exercer leurs récusations. On n'a pas osé proposer des assises. Le grand conseil s'est donc décidé à

faire former la liste des jurés *par élection*, et à restreindre la circonscription de l'arrondissement dans lequel doit être prise la liste spéciale, afin que la récusation puisse tomber sur des jurés connus ou du moins susceptibles de l'être plus facilement. Il est arrivé ainsi à voter le système suivant :

Chaque commune élit un juré sur cent âmes de population. Les jurés sont nommés pour un an par les assemblées électorales de commune, au scrutin de liste, à la majorité absolue au premier tour et à la majorité relative au second tour. Les noms des jurés définitivement admis forment la liste générale du district. La réunion des listes des quatre districts voisins forme la liste générale de l'arrondissement criminel. Le jury criminel est tiré de la liste générale de l'arrondissement criminel. Le jury correctionnel est tiré de la liste générale du district.

Le jury est composé :

a. Au criminel, de douze jurés choisis au moyen d'une élimination opérée en nombre égal par le ministère public et par l'accusé, sur une liste de trente-huit jurés tirés au sort sur la liste générale de l'arrondissement criminel;

b. Au correctionnel, de neuf jurés choisis de même sur une liste de vingt-neuf jurés tirés au sort sur la liste générale du district.

C'est, à notre connaissance, le premier essai d'un jury dont la liste générale soit formée par l'élection populaire. L'expérience montrera s'il sera heureux; quant à présent, nous craignons que ces nominations ne prennent un caractère exclusivement politique, et que la justice pénale ne se transforme en un instrument de parti.

Selon l'ancienne législation, les fonctionnaires de l'ordre judiciaire, à l'exception des juges et du greffier du tribunal d'appel et du ministère public, étaient indemnisés par des émoluments, ou, si l'on veut, des épices, qu'ils percevaient conformément aux tarifs. Le conseil d'État proposait d'abolir ce système, et d'accorder à tous ces fonctionnaires des traitements fixes. Le grand conseil, qui paraissait d'abord goûter ce changement, est revenu, dans le dernier débat, à l'ancien système.

Les tribunaux et les fonctionnaires de l'ordre judiciaire, établis

par la loi du 31 janvier 1846, devaient entrer en fonctions le 20 mars; mais cette organisation ayant été votée avant la refonte des codes de procédure civile et pénale, il a fallu inscrire dans la loi un certain nombre de dispositions transitoires touchant la procédure.

En ce qui touche la *procédure pénale*, les dispositions du Code de procédure pénale relatives aux juges actuels s'appliquent aux jurés pour tout ce qui concerne les questions de fait, et aux juges pour tout ce qui concerne les questions de droit. Il a fallu établir toute une procédure pour la formation du jury. Après les plaidoiries, le président du tribunal pose par écrit les questions qui devront être résolues par le jury. Le ministère public, l'accusé et la partie civile peuvent proposer des modifications à l'état des questions posées par le président. S'il y a contestation à cet égard, la cour prononce. Le jury délibère à huis clos et sans interruption; il doit être au complet pour rendre ses décisions. Il délibère sur chaque question séparément, en commençant par celle qui a été posée la première, et sans pouvoir intervertir l'ordre. Le président du jury fait lecture de la question; puis il recueille les suffrages, d'abord par voie consultative, et ensuite par voie délibérative. Dans ce dernier cas, chaque juré vote par *oui* ou par *non*. Les questions relatives au fait principal et à l'auteur du délit ne peuvent être résolues affirmativement que par les deux tiers des voix; toutes les autres questions sont résolues à la majorité absolue. Le président inscrit et signe, au bas de chaque question, la solution qui a été donnée par oui ou par non, en désignant le nombre de voix composant la majorité; il donne ensuite, en séance publique, lecture des réponses du jury; enfin le ministère public et les parties sont entendus sur l'application de de la loi.

Quant à la *procédure civile*, la double instance est dès à présent supprimée. Les règles de la procédure pénale sur la cassation sont communes aux affaires civiles, en tant qu'elles sont applicables à ces matières, soit à raison d'une fausse application de la loi, soit à raison des vices de forme susceptibles d'influer sur le fond. Le ministère public pourra intervenir dans les causes concernant l'état civil des personnes et les actes de l'état civil, dans les pro-

cès relatifs, soit à une opposition formée contre un mariage projeté, soit à la nullité d'un mariage contracté, dans les demandes en divorce, dans les contestations qui s'élèvent en matière de paternité et de filiation légitime ou naturelle, enfin dans les prises à partie. Mais comme la forme de cette intervention n'est pas déterminée, comme surtout ce qui concerne la cassation au civil n'est réglé que par les quelques mots que nous avons transcrits, on a lieu de redouter quelque peu l'application du système transitoire dans lequel va se jeter la pratique, sans gouvernail et sans boussole, système que personne n'a même su expliquer ni déterminer à l'avance.

Plusieurs de ceux qui ont adopté la loi dans son ensemble la trouvaient néanmoins très-mauvaise; ses plus chauds partisans ont été forcés de convenir qu'elle laisse beaucoup à désirer, en ajoutant que, lorsqu'on aurait reconnu ses inconvénients, on pourrait toujours par la suite y porter remède; mais elle a été acceptée parce qu'il fallait bien accepter quelque chose. Une loi votée sous de pareils auspices n'a pas en elle beaucoup de chances de durée.

S. VAN MUYDEN.

Notice sur les progrès de l'administration dans les États sardes.

Par un Jurisconsulte sarde [1].

Depuis quelque temps, on voit avec plaisir s'opérer dans les États sardes un sage progrès, qui ne peut manquer de tourner au grand avantage de la maison de Savoie, et d'exercer sur l'opinion publique dans toute la péninsule un excellent effet en sa faveur.

S. M. le roi Charles-Albert, convaincu de la nécessité de ne pas refuser à ses États le bienfait des chemins de fer, a fait étudier mûrement les nombreuses et graves questions que présente la matière, dans le but surtout d'écarter de ses sujets les dangers de l'agiotage auquel ces entreprises donnent souvent lieu. S. M. a, par une loi du 13 février 1845, ordonné la construction d'une ligne de chemin de fer partant d'Alexandrie, point central de ses États, pour se diriger sur Turin, sur Gênes et sur Arona. A cette dernière ville viendra aboutir une ligne suisse destinée à relier le lac Majeur au lac de Constance.

De la sorte, une voie de fer s'étendra sur une longueur d'environ 450 kilomètres, depuis le port de Gênes jusqu'au lac de Constance. Cette voie de fer pourrait même ne pas se trouver interrompue par le lac Majeur, si l'on voulait en suivre les bords d'*Arona à Locarno*, où commencera le chemin de fer *suisse*. Celui-ci, par le col de *Lukmanier*, où un tunnel sera facilement pratiqué, descendra la vallée du Rhin jusqu'à Constance.

Ce chemin, qui présente dans le port de Gênes un nouvel et important débouché au *Zollverein*, ne pourra manquer d'être très-utile aux États sardes, à la Suisse (cantons du Tesin, des Grisons et de Saint-Gall), comme à toute l'Allemagne méridionale. Il pourrait même, si une navigation à vapeur bien organisée s'établissait entre Gênes et Alexandrie en Égypte, faciliter la correspondance anglaise des Indes; car d'Alexandrie en Égypte à

[1] *V.* notre *Revue de Droit*, 1844, t. 1, p. 373.

Londres, une ligne droite, tirée sur la carte, passe précisément par les points principaux que toucherait le nouveau chemin.

La construction des chemins de fer sardes doit être exécutée aux frais de l'État : la prospérité des finances de ce petit royaume est telle que déjà les travaux ont pu être commencés avec une somme de 15 millions prise à la *caisse de réserve*. Cette somme pourra encore être augmentée : car, jusqu'à présent, on a touché à peine à la moitié des fonds de cette caisse ; et même, sans y toucher davantage, on ferait aisément face à la dépense restante, au moyen d'emprunts qu'on trouverait toujours facilement à contracter, le 5 pour 100 sarde étant coté à la Bourse de 125 à 125 50 pour 100.

Cette entreprise des chemins de fer sera encore un bienfait pour ce pays par sa prolongation de Turin à Genève et vers la France au Rhône, prolongation déjà ordonnée en principe par la détermination prise de faire étudier un projet de percement des Alpes entre Bardoneille (vallée de la Doire) et Modane (vallée de l'Arc en Maurienne).

Par ce percement on éviterait le mont Cenis, et de Turin on pourrait aller à Lyon et à Genève, sans avoir d'autre travail à effectuer qu'un tunnel, auquel on arriverait de chaque côté par un plan incliné, ayant une simple pente de 3 pour 100.

On conçoit aisément que cette œuvre, digne de l'ancienne Rome, honorera infiniment le gouvernement sarde et le prince éclairé qui est à sa tête, puisqu'on pourra dire : *il n'y a plus d'Alpes;* et ce mot, bien plus vrai que celui-ci, *il n'y a plus de Pyrénées*, attribué à un grand roi, exprimera un fait d'une portée bien majeure pour la prospérité commerciale de la France, de la Suisse et de l'Italie ; car la séparation actuelle de ces contrées cessant réellement, il en résultera une augmentation de relations commerciales qui changera la face de ces pays.

Le gouvernement autrichien paraît avoir vu avec dépit ces déterminations du roi Charles-Albert. Un article du 28 janvier 1846, inséré dans le journal *le Llyod de Trieste*, en rendant compte d'un livre récemment publié en Italie, sur la meilleure

organisation à donner aux chemins de fer de la péninsule[1], lequel livre est écrit par le comte Petitti, de Turin, conseiller d'État sarde, censure amèrement le réseau proposé par celui-ci pour toute l'Italie, et déclare ouvertement l'opposition de l'Autriche à toutes les combinaisons qui ne seraient pas exclusivement favorables au port de Trieste, auquel il ne cache pas qu'on devrait sacrifier tous les autres ports de l'Italie.

A cet effet, ledit article déclare sans mystère que jamais les railways du royaume lombardo-vénitien ne seront rattachés à ceux des États sardes, et il laisse entrevoir l'opposition ou le *veto*, au reste déjà bien notoire, du gouvernement autrichien aux différentes routes projetées dans les autres États de l'Italie, qui pourraient nuire ou faire ombre au monopole de Venise et de Trieste.

Cette prétention, hautement affichée, blessa l'esprit d'indépendance nationale heureusement encore vivant dans les États sardes. Un écrivain distingué de ce pays, le comte César Balbo, connu par un livre fort remarquable (dont il s'est déjà fait six éditions), qui expose les espérances que peuvent avoir encore les Italiens de reconquérir leur nationalité, a cru devoir répondre à l'article du journal autrichien, en démontrant avec esprit et fermeté que les raisonnements de ce journal pouvaient certes convenir aux vues autrichiennes sur l'Italie, mais non à la prospérité de celle-ci, que M. Petitti, sans partialité pour aucun des différents États qui la partagent, avait seulement euc en vue; enfin que la comparaison faite entre le système autrichien et le système italien ne pouvait laisser de doute au sujet de celui que tout bon Italien, ami de son pays, aurait choisi.

Ces observations du comte Balbo furent publiées, avec l'agrément du gouvernement sarde, dans tous les journaux du pays, et l'opinion publique dans la péninsule vit avec plaisir un de ses souverains laisser croire par cette adhésion qu'il n'est pas soumis à la tutelle étrangère qui pèse sur l'Italie. C'est là un fait que la

[1] *Delle strade ferrate italiane, e del migliore ordinamento di esse, cinque discorsi di Carlo Ilarione Petitti.* Un volume in-8° de 632 pages, imprimé à Lugano en Suisse (*Capo lago*), avec une carte indiquant les railways italiens, tant déjà faits que décrétés ou projetés.

presse étrangère libre doit aimer à constater, et surtout la presse française, qui a en Italie une si grande influence, et qui l'aurait plus grande encore, si, mieux renseignée, elle ne publiait pas à tout moment les nouvelles les plus fausses sur ce qui arrive dans ce pays, jugé souvent bien légèrement.

Pour terminer nos observations sur les railways sardes, nous dirons que toutes les dispositions sont prises pour aller d'Alexandrie à Turin en 1848 (ce qui abrègera déjà le voyage de Turin à Gênes de huit heures), et pour aller d'Alexandrie à Gênes et à Arona en 1850, époque à laquelle le railway de Milan à Venise sera à peine fini.

Le gouvernement sarde a d'excellents ingénieurs qui ont fait presque tous les projets dans un temps très-court.

Pour assurer ensuite le succès de l'entreprise, il a fait venir de Belgique, afin de la diriger, un ingénieur très-capable, M. Manss; et pour accélérer l'organisation de son service d'exploitation, il a obtenu de l'obligeance du gouvernement belge que M. Mascri, directeur des chemins de fer belges, si connu par ses succès, vînt visiter les lignes sardes et indiquer le matériel nécessaire à leur exploitation, et se chargeât de recevoir en Belgique les ingénieurs et agents qui lui seront envoyés (ceux-ci pris parmi les sous-officiers de l'artillerie et du génie) pour se former à ce service.

On voit par tout ce qui précède que le gouvernement sarde a, sans bruit, mais avec opportunité et efficacité, pris toutes les dispositions nécessaires pour assurer à ses sujets les bienfaits des railways, comme dans les autres pays, et que par ce moyen il ne restera pas en arrière.

La gloire de cette détermination appartient toute au prince éclairé qui régit ce pays tranquille, heureux et content d'un gouvernement national indépendant; et il faut avouer que le roi a trouvé, dans MM. des Ambrois et de Revel, deux ministres de l'intérieur et des finances qui ont compris et su exécuter ses excellentes intentions, comme dans M. de Villamarina, ministre de la guerre et de la marine, un homme d'État qui les a secondées de tous ses bons conseils et du crédit dont il jouit avec raison. Celui-ci, ayant aussi le portefeuille des affaires de Sardaigne (l'île

de ce nom a une administration séparée de celle des États de terre ferme), a sollicité et obtenu du roi Charles-Albert une grande quantité de déterminations, qui bientôt vont amener ce pays, si arriéré qu'on l'aurait dit au moyen âge, au même point de civilisation que tous les autres États de l'Italie.

En effet, l'abolition de la féodalité et des justices seigneuriales, auxquelles on a substitué une bonne administration de la justice, des lois fixes et positives qui assurent la liberté des propriétés; la suppression de toute charge personnelle et de tout privilége; l'organisation d'une bonne instruction primaire, secondaire et universitaire; l'établissement d'un crédit public, de bonnes routes, des cadastres de l'administration communale et provinciale, d'un bon système de douanes, du système décimal des poids et mesures, ainsi que d'une bonne monnaie semblable à celle des États de terre ferme : voilà autant de dispositions paternelles et éclairées qui font espérer avec raison que ce pays, si riche et si fécond, mais jusqu'ici toujours délaissé par une administration qui avait sans cesse suivi les errements de la domination espagnole, domination constamment fatale aux pays sur lesquels elle s'est exercée (si l'on excepte le petit intervalle écoulé sous le ministère du comte Bogino, qui vers le milieu du siècle dernier parut s'acheminer vers ces améliorations, mais n'eut le temps que de commencer), que ce pays, disons-nous, pourra être avant peu appelé à une nouvelle vie qui assurera sa prospérité. Nous reviendrons sur l'abolition de la féodalité, c'est-à-dire sur le premier élément de toutes les autres réformes, dans un prochain article que nous nous proposons de publier dans ce recueil.

Nous dirons, en attendant, qu'il reste, entre autres choses, à organiser, pour le libre exercice du droit de propriété dans l'île de Sardaigne, le rachat de la dîme ecclésiastique, qui pèse encore lourdement sur le pays, et y est cause de nombreux abus et inconvénients qu'il est de l'intérêt bien entendu des sujets sardes, comme du clergé et de la religion elle-même, de faire cesser. Celle-ci, hélas, consiste plutôt, dans cette île, comme dans plusieurs autres parties de l'Italie, dans des pratiques extérieures que dans des mœurs douces et sages et dans la rareté des crimes contre les personnes et les propriétés; ces crimes s'y com-

mettent malheureusement encore en grande quantité, surtout dans l'île de Sardaigne, par sentiment de vengeance comme en Corse.

Il faut espérer que le roi Charles-Albert, poursuivant la belle œuvre commencée, saura la couronner, et que le clergé saura se prêter à ses vues sages et équitables, et ne voudra pas, par une résistance injuste et inopportune, gêner le gouvernement dans des réformes légales et pacifiques qui concilieront tous les droits, et compromettre par là ses vrais intérêts et ceux de la religion, amenant ainsi de déplorables collisions qui ont ailleurs produit les plus grands malheurs.

Revenant aux États de terre ferme, nous dirons encore que l'organisation d'un réseau bien entendu de railways, auxquels viendront se joindre plusieurs autres lignes secondaires demandées par l'industrie privée, et qui lui seront concédées avec des précautions tendant à empêcher les abus de l'agiotage, n'est pas le seul acte de progrès qui honore de nos jours le gouvernement sarde.

La promulgation des Codes civil, pénal et de commerce, dont ce recueil a déjà parlé en son temps, celle à laquelle on se prépare en travaillant aux Codes d'instruction criminelle et de procédure civile, la réorganisation du cadastre, l'établissement d'un système décimal de monnaies, poids et mesures, système conforme à ce qui s'est fait en France; le perfectionnement des routes royales, provinciales et communales; la construction de plusieurs ponts là où il y en avait besoin; l'acquisition pour le compte du domaine de plusieurs des innombrables canaux irrigatoires, qui sont la richesse du pays, et qui, possédés par le gouvernement, peuvent, au moyen de tarifs d'arrosement très-discrets, en faciliter la culture et en accroître la production, grâce à l'excellente législation qui les régit, et que la France aurait bien mieux fait d'imiter entièrement, et non à moitié seulement, comme elle l'a fait; l'extension qu'on va encore donner à ces canaux par l'ouverture d'un autre grand canal tiré du Pô, qui portera aux provinces environnantes, où l'on cultive le riz, la quantité d'eau nécessaire pour perfectionner et étendre cette culture, sans nuire à la salubrité du pays; enfin, l'endiguement entrepris du Var à Nice, de l'Arve

en Faucigni, et de l'Isère entre Albert-ville et Montmeillant, sont autant d'actes d'une administration éclairée, qui attestent un gouvernement paternel et libéral, vraiment occupé de la prospérité publique.

Ces actes administratifs ne suffiraient cependant pas encore à amener le pays à un tel résultat, s'ils n'étaient accompagnés d'autres mesures propres à rendre la population capable de les apprécier et d'en profiter; et ce but ne pouvait être atteint que par une bonne éducation. Il faut avouer que celle-ci, et l'instruction, qui doit la perfectionner, étaient dans un état déplorable sous tous les rapports. Soit négligence, soit l'effet des soupçons d'une politique bornée et mal entendue, l'instruction primaire, secondaire et universitaire était organisée de manière que les masses n'étaient ni élevées ni instruites, que le pays manquait de tout enseignement substantiel et en rapport avec le temps où nous vivons, et que les anciennes et vicieuses méthodes de routine aveugle étaient seules appelées à donner quelque instruction à quelques personnes privilégiées par la naissance ou par la richesse se destinant aux carrières civile et militaire, et à quelques hommes du peuple, dans lequel, depuis la révolution, se recrute spécialement le clergé.

Des hommes de tête et de cœur, convaincus de la nécessité de réformer un tel état de choses, tentèrent d'abord cette entreprise par des efforts individuels.

Des salles d'asile furent fondées par souscription; des frères des écoles chrétiennes et des sœurs de charité furent appelés par des particuliers, par des institutions de bienfaisance et par des communes; des maîtres d'écoles primaires cherchèrent à introduire les meilleures méthodes. Il en résulta une tendance générale à une bonne éducation du peuple, tendance que le gouvernement sut comprendre en s'y associant. Une école normale fut fondée à l'université de Turin, avec des succursales annoncées dans les provinces pour former des bons maîtres d'instruction primaire; un très-bon règlement fut promulgué pour cette nouvelle institution. Des écoles techniques et primaires furent aussi fondées pour les ouvriers adultes, à Turin et à Gênes, et dès les premiers temps un nombreux concours d'au-

diteurs prouva combien le peuple est avide d'instruction.

On s'occupe actuellement de réorganiser l'instruction secondaire qui en a grand besoin, puisqu'elle retient sur ses bancs tant de jeunes gens qui, laissés ici dans l'ignorance par de mauvaises méthodes, pourraient ailleurs être bien plus utilement instruits par une bonne éducation agricole ou technique, libérant ainsi la société de gens souvent mécontents et gênés, qui ne peuvent trouver dans l'éducation classique le moyen de se faire une existence.

On s'occupe aussi de la réorganisation des études universitaires, tombées, il faut l'avouer, bien bas; et les personnes qui sont chargées de ce travail sont tout à fait dignes de le mener à bonne fin. Déjà l'institution de plusieurs chaires nouvelles, et notamment de la chaire d'économie politique à l'université de Turin, donnée au célèbre économiste napolitain Scialoja, avantageusement connu par son *Traité d'économie sociale* (ouvrage traduit en français), est un sûr garant de ce qu'on est en droit d'espérer à ce sujet.

Ce n'est pas que les ennemis de toute amélioration sociale, tant matérielle que morale, ne se soient agités pour empêcher celles dont nous venons de parler, et n'aient déployé à cet effet tous les ressorts de leurs coupables intrigues, voire même de leur audace; mais la réprobation unanime de l'opinion publique a su en faire justice, et le sens droit d'un prince éclairé, plein de bonnes intentions et animé de la noble ambition de transmettre son nom à la postérité comme celui d'un réformateur prudent et libéral, a passé outre sans se laisser arrêter par de tels obstacles dont il faut plutôt plaindre que redouter les auteurs, les laissant dans l'obscurité, où seulement ils savent travailler.

M. Alfieri de Sostegno, auquel le roi a confié le département de l'instruction publique, paraît s'en occuper avec la meilleure volonté et avec un talent éclairé; s'il a le courage de mener à bonne fin ses projets, sans se laisser arrêter par des obstacles que sa belle position et la faveur méritée du prince doivent lui faire aisément surmonter, il pourra certainement, en secondant les intentions généreuses et éclairées d'un bon prince, assurer au pays le plus grand des bienfaits, et attacher ainsi le beau nom

qu'il porte à l'une des époques les plus glorieuses de l'histoire de la régénération du pays.

Si l'on ajoute enfin à toutes ces améliorations l'ordre et la prospérité qui règnent dans les finances, toujours plus prospères par les tendances libérales d'une bonne économie politique qui président à toute mesure financière, surtout en ce qui concerne les douanes et le commerce, l'on arrivera à se convaincre qu'un sage mouvement de progrès se manifeste de toute manière dans les États sardes, qu'il donnera à toute l'Italie une heureuse impulsion, et qu'il en dérivera pour les autres États de la péninsule, dont plusieurs sont si arriérés et par là livrés à tant de misères et de troubles, la nécessité de faire aussi d'utiles réformes, sous peine de subir les punitions providentielles que Dieu envoie quelquefois aux gouvernements comme aux peuples pour les retremper dans la déchéance matérielle et morale dans laquelle ils sont tombés.

Nous avons cru devoir constater ces faits avec franchise et vérité, pour les opposer aux notions fort inexactes que la presse étrangère donne sur ce pays. S'il est vrai qu'il existe encore bien des idées rétrogrades, il est vrai aussi que tous les jours elles diminuent davantage, grâce aux efforts d'hommes éclairés, prudents et courageux qui secondent les excellentes intentions d'un prince également aussi sage qu'éclairé.

Droit criminel comparé.

L'INSTRUCTION CRIMINELLE ALLEMANDE, CONSIDÉRÉE COMME SE PERFECTIONNANT SOUS L'ACTION DE LA JURISPRUDENCE ET DES CODES NOUVEAUX DES DIVERS PAYS ALLEMANDS, ET COMPARÉE AVEC L'INSTRUCTION CRIMINELLE EN ANGLETERRE ET EN FRANCE; par M. Mittermaier, conseiller intime et professeur. Quatrième édition. Heidelberg, 1846.

Compte rendu par M. RAUTER, doyen de la faculté de droit de Strasbourg.

On ne sera pas étonné que la troisième édition de cet ouvrage, qui a paru en 1840, soit déjà suivie d'une édition nouvelle; les causes que nous avons indiquées dans un précédent volume de cette *Revue* [1] subsistent toujours et produisent le même effet. Il y a de plus deux autres causes qui, aux yeux de l'auteur, ont dû motiver, non pas seulement une nouvelle édition, mais une entière révision de son ouvrage. Voici comment M. Mittermaier s'en explique : « Deux nouvelles lois sur l'instruction criminelle viennent d'être introduites en Allemagne, l'une dans le royaume de Wurtemberg, et l'autre dans le grand-duché de Bade. » C'est surtout cette dernière qui est conçue sur de nouvelles bases. » Dans les débats de l'assemblée législative badoise, ainsi que » dans ceux des chambres wurtembergeoise et saxonne, à l'occa- » des projets de Code qui y ont été proposés, des questions » importantes d'instruction criminelle, des données fournies par » l'expérience, ont été examinées et appréciées, non pas seulement par les jurisconsultes, mais aussi par les hommes politiques. Des règles sages ont été introduites là même où une » réforme totale ne paraissait pas encore praticable. Les hommes » du droit théorique ont pris plus de part qu'autrefois à l'amélioration de l'instruction criminelle. Il en est résulté un examen » plus profond et plus indépendant de l'ancienne instruction. » Dans les pays étrangers aussi, surtout en France, en Angleterre » et dans l'Amérique septentrionale, des travaux importants se

[1] *V.* la *Revue étrangère et française*, t. VII, p. 139 et suiv.

» sont accomplis pendant les cinq dernières annés. Le droit en a » profité, ainsi que la médecine légale. Dès lors une tâche nou- » velle incombait aussi à celui qui s'occupe de la théorie de l'in- » struction criminelle. »

L'auteur, en effet, a, pour ainsi dire, repris en sous-œuvre son traité; et, en corrigeant beaucoup de ses paragraphes, il en a ajouté plusieurs entièrement nouveaux. Tel est le § 4, qui traite « de l'influence des deux formes principales de l'instruction sur » l'instruction même. » Ou le législateur part du principe que ce qui constitue l'instruction criminelle c'est la procédure observée par le juge chargé du jugement, à l'égard d'une personne déterminée, comme aussi pour un crime déterminé, procédure dans laquelle le juge emploie d'office tous les moyens de preuve, soit à charge, soit à décharge; ou bien il considère les actes du juge tendant à la découverte de délits cachés, à la recherche des coupables, enfin à la punition de ces derniers, comme faisant un tout avec la procédure dirigée contre un prévenu déterminé et comme étant l'instruction criminelle proprement dite. Dans le premier de ces deux systèmes, la procédure qui précède l'examen définitif, base du jugement, n'est pas une partie de l'instruction criminelle même; car une véritable action, existant entre deux parties (l'accusateur et l'accusé), et sur un objet déterminé, commence alors seulement qu'il a été reconnu formellement qu'une accusation positive contre une certaine personne est recevable. Cette action est naturellement précédée d'une autre opération, ayant pour but de réaliser les conditions exigées pour que l'action principale puisse avoir son cours, notamment : 1° la procédure nécessaire pour établir qu'un crime a été commis et quel est ce crime, et pour recueillir les raisons propres à faire soupçonner comme coupable de ce crime une personne déterminée, afin de rendre possible un jugement sur la question de savoir jusqu'à quel point est possible une poursuite publique contre telle personne à raison de tel crime; 2° la procédure à suivre depuis ce jugement, en cas qu'il soit rendu dans le sens de l'admissibilité de la poursuite, afin de préparer l'examen principal et définitif, lequel seul est regardé comme le procès criminel proprement dit. Dans le deuxième système, cette séparation absolue de

l'instruction préparatoire et de l'instruction principale n'a pas lieu; mais ce système admet cependant deux phases plus ou moins distinctes. Cette séparation est aussi plus ou moins prononcée, selon que la forme fondamentale de l'instruction est la forme *accusatoriale* ou la forme *inquisitoriale.* Dans la forme accusatoriale se rencontrent tous les caractères d'une cause débattue entre deux parties, dont l'une, l'accusateur, établit contre l'autre, l'accusé, des assertions déterminées desquelles elle tire des conséquences juridiques, au soutien de conclusions positives contre la partie adverse; tandis que dans la procédure *inquisitoriale*, c'est-à-dire commencée et continuée d'office par le magistrat, on ne rencontre pas ordinairement une inculpation positive contre telle personne, et les opérations de ce magistrat consistent dans des actes répétés, faits dans le but de recueillir les éléments de la conviction du juge qui devra prononcer sur la culpabilité ou l'innocence de la personne contre laquelle l'instruction aura été finalement dirigée. Dans l'une et dans l'autre de ces formes, on peut encore distinguer l'information toute générale précédant l'instruction préparatoire proprement dite, laquelle est elle-même suivie de l'examen définitif.

Après avoir développé ces idées, l'auteur passe à des renseignements historiques sur l'instruction criminelle, et il commence par un aperçu de l'instruction chez les Romains dans ses différentes phases. Comme son but principal était d'expliquer le dernier état du droit criminel allemand, il a dû négliger les premières origines du droit criminel romain; on ne trouve donc naturellement rien concernant l'ancien droit sacerdotal, cela aurait été un hors-d'œuvre. L'ancien droit germanique, en revanche, est traité avec assez d'étendue pour un *compendium* (on se souvient que tel est le caractère du livre de M. Mittermaier); c'est la base du cours qu'il donne à l'université de Heidelberg. Il fait ressortir cette idée fondamentale de l'ancien droit national de son pays, que le crime proprement dit, ou, en d'autres termes, le crime qui ne pouvait être expié par le payement d'une composition, était le trouble apporté à la paix du pays (plus tard *la paix du roi*). Il fait voir comment de bonne heure, c'est-à-dire du temps de Charlemagne, cette même idée, analogue à celle qui chez les Romains a fait

distinguer les *delicta* en *delicta majora* et *delicta minora*, et en *delicta publica* et *delicta privata*, produisit la distinction en *causæ majores* et *causæ minores* (en France, la différence fut exprimée par les termes de *grand criminel* [1] et *petit criminel*). La *Caroline*, tout en se servant du terme *peines afflictives* (*peinliche Strafen*), n'établit pas de dictinction bien tranchée. Les nouvelles lois pénales de l'Allemagne établissent une distinction qui ressemble beaucoup à celle de notre Code en *crimes* et *délits de police simple* ou *correctionnelle*, qui en diffère cependant par les détails.

L'introduction, dans laquelle est comprise cette exposition, s'occupe ensuite de la définition et de l'explication : 1° de la théorie de l'instruction criminelle; 2° du rapport qui existe entre les questions civiles et les questions criminelles qui se présentent sur la même affaire; 3° des questions préjudicielles; 4° de l'influence du jugement rendu au civil sur le jugement au criminel; 5° de l'influence du jugement au criminel sur le jugement au civil; 6° du but de l'instruction criminelle. L'auteur trouve ce but dans la constatation de la vérité pour appliquer la loi pénale. Selon lui, le but n'est point la constatation de la culpabilité ou de l'innocence; et c'est pour cela que la famille de l'inculpé décédé ne peut point provoquer l'examen de l'inculpation pour faire reconnaître son innocence.

Plusieurs paragraphes de l'introduction sont consacrés à l'exposé historique de la procédure criminelle chez les Romains, de celle qui était suivie par les tribunaux d'Église; enfin de la procédure germanique, qui est considérée successivement dans trois périodes, celle antérieure à la Caroline de Charles-Quint, celle de la Caroline, celle qui commence aux lois rendues depuis les premières années de ce siècle, et à la tête desquelles se trouvent la loi autrichienne (de 1803) et la loi prussienne (de 1805).

RAUTER.

(*La fin à un prochain cahier.*)

[1] *Meffès*, dans la langue de Beaumanoir.

CHRONIQUE.

Anhalt-Koethen (Duché de). Un décret rendu dernièrement par le souverain de ce pays a pour objet le règlement de la dette publique du duché, et il établit l'état financier sur une nouvelle base. Le montant total de la dette publique portant intérêt y est fixé à la somme de 4,223,306 écus de Prusse, le budget de recettes à celui de 330,000 écus. Toutes les dettes, quelle qu'en soit l'origine, sont déclarées charges de l'État et de tous les sujets. Le taux de l'intérêt doit, avec le consentement des créanciers, être réduit de 5 à 4 pour 100.

Bavière. La deuxième chambre n'a pas adopté le projet de loi relatif à la composition des chambres civiles des cours, qui avait été présenté par le gouvernement. Ce projet était destiné à réduire le nombre des membres composant les chambres civiles de sept à cinq, et d'augmenter par là le nombre des chambres de chaque cour d'appel. Le projet avait été motivé par le nombre toujours croissant des affaires restant à juger à la fin de chaque année. Il a été répondu par la commission chargée de l'examen du projet de loi, que le débat oral et la publicité étaient l'unique remède à cet inconvénient.

Les deux chambres débattent des projets de lois relatifs aux chemins de fer.

Un mémoire présenté à la première chambre des États s'explique sur l'âge auquel les enfants de famille peuvent être admis à changer de culte.

Brunswick (Duché de). Les États ont été prorogés, par suite du refus de la deuxième chambre de voter plusieurs articles du budget, notamment celui concernant l'état militaire.

États pontificaux. La révision générale du cadastre, ordonnée il y a plusieurs années, est sur le point d'être terminée. Le gouvernement vient de faire publier la première partie du premier volume du *Censimento pontificio*, contenant une collection des anciennes lois relatives au cadastre depuis 1543—1777. La deuxième partie du premier volume, ainsi que le deuxième volume, ont déjà paru précédemment, en 1840 et en 1844.

Hanovre. Les chambres sont saisies de l'examen de projets de Code de procédure civile et de Code des contraventions de police. Ce dernier Code place le jugement de ces contraventions dans les attributions des autorités administratives : il y range notamment tout ce qui concerne la presse, le débit de livres, écrits et gravures défendus; la censure reste soumise aux dispositions spéciales qui la régissent aujourd'hui. Dans le projet de Code de procédure civile, établi sur les anciennes bases de la procédure allemande, le gouvernement n'a pas cru devoir déférer aux vœux manifestés en faveur de la publicité et du débat oral.

Hesse-Électorale. Le gouvernement a présenté aux chambres un projet de loi destiné à simplifier la procédure criminelle et à prévenir l'encombrement des affaires aux tribunaux chargés de la justice criminelle. Dans l'exposé des motifs, il se déclare contre une réforme complète de la procédure criminelle, par le motif que jusqu'à présent une théorie des principes fondamentaux seulement n'a pu encore être établie d'une manière suffisante, en ce qui concerne par exemple la

orme de la procédure, la nécessité d'un système de preuves, la séparation du point de droit et du point de fait.

PORTUGAL. Un projet de loi présenté aux cortès a pour but l'interprétation du paragraphe de la constitution relatif aux enfants d'étrangers nés dans le royaume. D'après ce projet, ces enfants pourraient acquérir la faculté d'obtenir la qualité de sujets du royaume. La seconde chambre a adopté le projet de loi relatif à la presse. D'après ce projet, l'éditeur d'un journal politique paraissant à Lisbonne ou à Oporto devra payer 20,000 reis, et dans les villes de province 15,000 reis de contributions directes.

PRUSSE. Le dernier numéro du Bulletin des lois contient le décret de la diète du 19 juin 1845, qui accorde aux auteurs et aux artistes la protection de leurs produits contre la contrefaçon durant leur vie, et trente ans après leur décès à leurs héritiers. Le même numéro contient des dispositions relatives à la promulgation des lois. Les ordonnances du souverain (*landesherrliche Erlasse*) n'obtiendront force de loi que par l'insertion dans le Bulletin des lois. Le jour de la mise en vigueur d'une loi, à moins qu'il n'ait été statué expressément à cet égard, variera d'après la distance de la capitale; de sorte que dans les parties les plus éloignées, dans la province rhénane et dans les départements de Kœnigsberg et de Gumbinnen, ce sera le quatorzième jour de l'insertion dans le Bulletin que les lois deviendront exécutoires.

SIGMARINGEN (Duché de). Une loi publiée le 22 mars dernier a pour but l'introduction de plusieurs améliorations en matière de procédure civile; elle sanctionne notamment les principes de la publicité et des débats oraux.

SUISSE. *Canton de Berne.* Le projet d'une nouvelle constitution rédigée par la commission nommée à cet effet a été imprimé. Ce projet est divisé en six titres : le premier est consacré aux droits de souveraineté, de suffrage, d'éligibilité, aux assemblées locales et électorales ; le deuxième aux fonctionnaires publics ; le troisième aux communes; le quatrième contient des principes généraux et des garanties; le cinquième, le mode de révision de la constitution; le sixième enfin, des dispositions finales.

WURTEMBERG. Les pièces et documents qui se rattachent à la destitution de M. de Mohl de ses fonctions de professeur à l'université de Tubingue, ont été publiés. Ces pièces sont au nombre de vingt-six ; la première contient la lettre incriminée, qualifiée de « manifeste électoral, » qui avait été adressée sous forme confidentielle à M. Nagel, et que ce dernier, lors de sa candidature aux élections, a jugé utile de produire devant ses électeurs. Le professeur, dans cette lettre, s'est livré à une appréciation du système général suivi par le gouvernement.

FRANCE. Une ordonnance du 22 mars dernier proroge pour une année, à partir du 12 avril, les jurys médicaux organisés par les ordonnances royales du 8 avril 1841 et l'arrêté du 12 avril même année. — Deux autres ordonnances, l'une du 15, l'autre du 28 avril, autorisent la banque de France à établir des comptoirs d'escompte à Strasbourg et au Mans. — Une autre ordonnance, du 24 du même mois, autorise la société anonyme formée à Paris sous la dénomination de compagnie du chemin de fer de Creil à Saint-Quentin, et approuve les statuts de cette société.

— Conformément aux articles 28 de la Charte et 86 du Code pénal, la cour des pairs est convoquée à l'effet de procéder au jugement de l'attentat commis sur la personne du roi le 16 du mois dernier (ordonnance du 17 avril).

— En exécution des dispositions de l'ordonnance du 26 avril 1845 sur l'organisation consulaire, M. le ministre des affaires étrangères vient de confier à une

commission spéciale le soin de préparer le programme de l'examen qu'auront à subir, pour être déclarés admissibles, les aspirants au titre d'élève-consul. Cette commission est ainsi composée :

MM. le baron de Bussière, pair de France, ministre plénipotentiaire du roi, président; Pouillet, membre de l'Institut et de la chambre des députés, professeur de physique au conservatoire des arts et métiers; Reynard, conseiller d'État, membre de la chambre des députés et du conseil supérieur du commerce ; Michel Chevalier, conseiller d'État et membre de la chambre des députés, professeur d'économie politique au collége de France ; Letronne, membre de l'Institut, garde des archives du royaume, professeur d'archéologie au collége de France ; Macarel, conseiller d'État et professeur de droit administratif à la Faculté de Paris; Desages, conseiller d'État et chef de la direction politique au ministère des affaires étrangères; Mignet, conseiller d'État, membre de l'Institut et garde des archives du même département; de Lambert, chef de la direction commerciale au même département; Lavallée, directeur du commerce extérieur au ministère du commerce; Marec, maître des requêtes, sous-directeur au ministère de la marine et des colonies; Herbet, sous-directeur au ministère des affaires étrangères, secrétaire, avec voix délibérative. (Paris, le 7 mars 1846.)

— Par ordonnance en date du 22 avril, la direction de l'intérieur et des travaux publics en Algérie est divisée en deux directions qui prennent le titre, l'une, de direction de l'intérieur et de la colonisation ; l'autre, de direction des travaux publics. — Une ordonnance du 4 mai prescrit un nouveau dénombrement de la population du royaume. L'article 2 est ainsi conçu : « Ne compteront pas dans le chiffre de la population servant de base à l'assiette des impôts ou à l'application des lois sur l'organisation municipale, les catégories suivantes : Corps de troupes de terre et de mer, maisons centrales de force et de correction, maison d'éducation correctionnelle et colonies agricoles pour les jeunes détenus, prisons départementales, bagnes, dépôts de mendicité, asiles d'aliénés, hospices, colléges royaux et communaux, écoles spéciales, séminaires, maisons d'éducation et écoles avec pensionnats, communautés religieuses, réfugiés à la solde de l'État, marins du commerce absents pour les voyages de long cours. » Le *Moniteur* du 7 mai contient une circulaire explicative de cette ordonnance.

— La chambre des pairs a adopté le projet de loi concernant le règlement de la police des pêcheries dans la Manche entre la France et l'Angleterre, la proposition de M. le lieutenant général Jacqueminot tendant à modifier quatre articles de la loi du 22 mars 1831 sur la garde nationale et celle de M. Desmousseaux de Givré relative a la perception des droits d'octroi au poids sur les bestiaux à l'entrée des villes. — Tous ces divers projets avaient été déjà votés par la chambre des députés.

— La chambre des députés a adopté le projet de loi qui modifie les droits de douanes en conformité du traité passé entre la France et la Belgique; la proposition de M. Demesmay sur la diminution de la taxe du sel; les projets relatifs aux concessions des chemins de fer de Dijon à Mulhouse, de Versailles à Rennes, de Bordeaux à Cette.

Étude historique et critique sur la séparation des patrimoines.

Par M. HUREAUX, juge au tribunal civil de Charleville [1].

PREMIER ARTICLE.

Plan de cette étude.

Elle se divisera en trois paragraphes :

Le premier traitera du système romain.

Le second traitera de l'ancienne jurisprudence française.

Le troisième et dernier aura pour objet la critique des systèmes émis jusqu'à ce jour sous l'empire du Code civil.

§ 1er. — Système romain [2].

1. La séparation des patrimoines vient du préteur. D'après les principes du droit civil, l'héritier qui a fait adition d'hérédité s'est substitué à la personne du défunt. Les biens composant le patrimoine de ce dernier deviennent donc la propriété de l'héritier; par suite cet héritier est soumis personnellement à toutes les obligations transmissibles dont était tenu son auteur : en sorte que les créanciers du défunt sont, dans toute l'étendue du mot, ses créanciers personnels. Or, comme entre les créanciers du même individu il n'existe en général aucune cause de préférence, tous devraient venir en concurrence sur les biens de l'héritier comprenant désormais ceux de la succession. Telle est la conséquence de l'adition d'hérédité; mais comme cette conséquence peut être désastreuse pour les créanciers du *de cujus*, comme elle l'est nécessairement lorsque la succession est solvable et que l'héritier ne l'est pas, il a paru équitable au préteur d'accorder aux créanciers de la succession le droit de faire diviser le patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héri-

[1] Cette étude fait partie d'un traité inédit des priviléges sur les immeubles, et de la transmission de la propriété en France par actes entre-vifs.

[2] Nous ne nous occuperons de la séparation des patrimoines des Romains qu'en ce qui touche les rapports de leur législation avec la nôtre.

tier, et de s'en tenir de cette manière aux seuls biens héréditaires en se séparant de la *personne* de l'héritier; ce qui implique l'exclusion des créanciers particuliers de ce dernier de la distribution du produit des biens de la succession, jusqu'à ce que satisfaction ait été donnée aux créanciers et aux légataires du défunt.

2. Telle est l'origine de la séparation des patrimoines. Ce bénéfice a donc pour objet de maintenir autant que possible le *statu quo* à l'égard des créanciers du défunt tant qu'ils ne sont pas désintéressés; et de soustraire, jusqu'à ce que ce résultat ait été obtenu en tout ou en partie, suivant l'importance de la succession, les biens de l'hérédité à l'action des créanciers personnels de l'héritier, dans l'intérêt des créanciers du défunt, même de ses créanciers à terme ou sous condition qui profitent comme les autres du bénéfice (L. 4, ff., *De separat.*).

Cela est fondé en raison, car les biens n'existent au regard de l'héritier, et par conséquent de ses propres créanciers, que *deducto œre alieno*, déduction faite des charges qui les grèvent.

3. Pour arriver au résultat proposé, sans cependant favoriser outre mesure les créanciers de l'hérédité au préjudice des créanciers de l'héritier, les Romains organisèrent le bénéfice de séparation de manière à former deux masses distinctes de biens : 1° biens du défunt; 2° biens de l'héritier. Sur les biens du défunt durent venir les seuls créanciers héréditaires, et sur les biens de l'héritier ses seuls créanciers personnels.

« Hæreditarios venire solos in possessionem bonorum defuncti, » hæredis æquè solos in possessionem bonorum hæredis [1]. »

Le moyen d'exécution consistait dans la possession des biens du défunt accordée aux créanciers de la succession. Nous reviendrons plus tard sur cette *missio in possessionem*, qui joue un rôle si important dans la législation romaine. Quant à présent, constatons comme chose certaine, que les créanciers du défunt et ceux de l'héritier ne doivent pas concourir confusément sur tous les biens réunis du défunt et de l'héritier. *Non omnes confusè in omnia bona tam defuncti quam hæredis* [2].

[1] *V.* Cujas, parat. sur le Dig. *De separat.*, édit. Fabrot, t. I, p. 864, vi.

[2] *V.* Cujas, *quæst. de Paul. recit. solemn.*, *ad leg.* 5, *De separat.* Fabrot, II, posth., p. 1160.

Il n'est pas moins certain que les créanciers héréditaires ne pouvaient tout à la fois s'emparer des biens de la succession et conserver en même temps le droit de venir encore concourir avec les créanciers de l'héritier sur les biens de ce dernier. On procédait au contraire comme s'il y avait deux ventes distinctes de biens appartenant à deux débiteurs différents [1].

4. Toutefois, il restait, bien entendu, au pouvoir des créanciers de la succession de ne pas demander le bénéfice de séparation, s'ils trouvaient plus avantageux pour eux de concourir avec les créanciers de l'héritier sur les biens confondus des deux patrimoines. A cet égard, leur silence pendant cinq ans, à partir de l'adition d'hérédité, suffisait pour les rendre inhabiles à obtenir le bénéfice [2]. Leur volonté pouvait aussi se manifester, avant l'expiration du terme fatal, par des stipulations faites avec l'héritier, *animo novandi*, ou par des actes entraînant la reconnaissance et l'acceptation de l'héritier pour débiteur, *mente eligendi hæredis*. Enfin la séparation ne pouvait plus avoir lieu relativement aux choses dont le domaine se perd par la confusion, après cette confusion opérée [3]. En effet, à l'égard de ces objets, la matière manque à diviser; il n'est plus possible de démêler ce qui provient du défunt. Les créanciers de la succession ne profitaient donc pas du produit du mélange; mais il est bien entendu que ce principe ne recevait d'application qu'autant que la confusion rendait toute séparation impossible (*V.* L. 5, § 1, ff., *De rei vindicat.*).

5. Comme il est facile de le comprendre d'après ce qui précède, les effets de l'adition d'hérédité subsistaient de droit, tant que les créanciers du défunt ne demandaient pas la séparation des patrimoines. De là cette conséquence que les opérations faites par l'héritier, depuis l'adition d'hérédité jusqu'à l'établissement du régime en séparation, étaient ratifiées. Le bénéfice de séparation n'est en effet qu'une dérogation à la loi commune, et la protection due aux créanciers du défunt ne doit pas aller jusqu'à porter atteinte aux droits légitimement acquis à des tiers de

[1] *V.* L. 1, §§ 1—17, et L. 5, ff., *De separat.*
[2] L. 1, § 13, ff., *De separat.*
[3] L. 1, § 12, *eod. tit.*

bonne foi, à une époque où les créanciers de la succession n'ont pas encore manifesté leur intention de se séparer de *la personne* de l'héritier; en un mot, à une époque où vis-à-vis de tous l'héritier est, dans toute l'étendue de l'expression, le véritable représentant du défunt. Ainsi donc, ce qu'il a fait *medio tempore* est valable, pourvu, bien entendu, que la bonne foi ait présidé à ses actes. Il peut même aliéner les biens de la succession pendant cette période, en recevoir le prix, et mettre ainsi obstacle à la séparation des patrimoines [1].

Mais s'il en est ainsi, le créancier de l'héritier auquel ce dernier aura consenti, dans le temps intermédiaire, l'aliénation d'une fraction de la propriété appelée *hypothèque* [2], va l'emporter sur les créanciers de la succession : car les créanciers de l'héritier se hâteront d'acquérir *pignus* [3], des droits de gage sur les biens provenant du défunt et faisant, avant la séparation, partie de la fortune de leur débiteur qui en a la libre disposition. Un pareil état de choses ne peut évidemment subsister : la question est donc soumise à l'empereur, et elle reçoit une solution qui écarte les créanciers de l'héritier (*V.* L. 1, § 3, ff., *De separ.*). Cette déci-

[1] *V.* L 2, ff., *De separat.* — L. 8, § 1, ff., *De reb. auct. Jud. poss.*

C'est là, suivant notre opinion du moins, le côté faible de la théorie romaine. On ne peut se dissimuler que le législateur, qui n'a souvent que le choix des inconvénients, ne protégeait les acquéreurs de bonne foi qu'au préjudice des créanciers du défunt.

Toutefois cet inconvénient, qu'il était impossible d'éviter à moins de frapper l'héritier d'incapacité pendant un certain délai, ne pouvait avoir des conséquences bien graves. La *jacens hæreditas*, dans un système sous lequel c'est l'héritier qui va trouver l'hérédité, et non pas l'hérédité qui vient le trouver (*ad hæreditatem ire*), l'ouverture solennelle du testament (V. au Digeste, lib. XXIX, tit. 3, *Testam. quemadm. aper., passim*), devaient donner aux créanciers du défunt le temps de se reconnaître. Dans tous les cas, ils pouvaient demander *rei servandæ causâ* la *missio in possessionem*, soit que l'héritier acceptât ou n'acceptât pas l'hérédité offerte (*V.* Gaius, comm. 2, § 167). Ils avaient donc les moyens de pourvoir à leur sûreté avant que l'héritier ne disposât des biens héréditaires (*V.* Gaius, 3, 79). Si l'héritier vendait l'hérédité incontinent après le décès, la question de fraude restait entière. Dans le cas où le prix était encore dû, je pense que, le *bonorum emptor* en profitant comme compris dans son acquisition à titre universel, les créanciers du défunt se trouvaient en profiter par contre-coup, puisqu'il avait dû leur offrir un prix en conséquence (*V.* ci-après, n° 15).

[2] La constitution d'hypothèque est une aliénation indirecte.

[3] Les mots *pignus* et *hypotheca* sont pris, dans les textes, indifféremment l'un pour l'autre ; en ce qui touche les actions, il n'y a aucune différence à faire. Toutefois, le mot *pignus* désigne spécialement le gage d'une chose mobilière : *maximè si sit mobilis*. Il faut voir sur la signification de cette expression Brisson, v° *Pignus*.

sion, relative à la simple hypothèque, s'étendra par les mêmes motifs à l'hypothèque privilégiée, et le fisc lui-même, créancier de l'héritier, se verra primé par les créanciers du défunt (L. 1, § 4, *eod.*). De cette manière les créanciers héréditaires, séparés de la personne de l'héritier et aussi de ses créanciers personnels, seront également séparés de ses créanciers hypothécaires.

6. Nous disons que dans le droit romain les créanciers héréditaires, en demandant la séparation des patrimoines, se séparaient non-seulement des créanciers, mais encore *de la personne* de l'héritier. C'est qu'en effet le régime de séparation introduit par le préteur modifiait profondément les conséquences de l'adition d'hérédité dans les rapports de l'héritier avec les créanciers du défunt, et cela tout en voulant paraître les respecter. C'est toujours ainsi que le magistrat agit dans le droit romain. Il se passait en matière de séparation des patrimoines ce qui se passait dans le bénéfice d'abstention. Sans doute l'héritier restait toujours héritier aux yeux de la loi civile : on n'eût pas osé dire le contraire, c'eût été heurter l'arche sainte. L'héritier et ses propres créanciers avaient donc seuls droit à ce qui pouvait rester des biens héréditaires après le payement des créanciers du défunt. Mais il n'en faut pas moins regarder comme constant que la séparation opérait une scission véritable entre les créanciers du défunt et la personne de l'héritier, qui devenait une sorte d'étranger à leur égard, en ce sens qu'après s'être séparés de lui, ils ne pouvaient plus revenir à sa personne et à ses biens [1]. C'est là la base fondamentale du système. La préférence des créanciers héréditaires sur ceux de l'héritier, ou plutôt la distraction des biens du défunt au profit exclusif de ses créanciers, ainsi que toutes les règles si subtiles de la législation romaine relativement à la simple reconnaissance de l'héritier pour débiteur, ne sont que la conséquence de ce principe.

7. Cette proposition capitale résulte des textes de la manière la plus évidente. En effet, les jurisconsultes romains tenaient communément pour constant que les créanciers du défunt, en

[1] Quelquefois, et pour une cause *justissima* d'excuse fondée sur l'erreur, le préteur accordait *veniam*, la remise de la séparation. On la considérait alors comme non avenue (L. 1, § 17, *in fine*, *De separat.*).

demandant la séparation des patrimoines, se retiraient de la personne de l'héritier : *recesserunt à personâ hæredis*, dit Paul; et de là ils concluaient avec raison que la séparation une fois obtenue, les créanciers de la succession ne pouvaient plus dans aucun cas retourner aux biens de l'héritier (L. 1, § 17; L. 5, ff., *De separat.*).

C'est bien dire que l'héritier devenait pour les créanciers héréditaires, demandant la séparation, un véritable étranger, qu'il n'était plus leur obligé personnel, au moins utilement, suivant le droit prétorien, dès qu'ils avaient obtenu le bénéfice.

8. La séparation, bien entendu, devait cesser avec les causes qui l'avaient fait naître. Si donc les créanciers de la succession se trouvaient désintéressés sans avoir épuisé entièrement les biens de l'hérédité, les choses rentraient aussitôt dans leur état normal. Les conséquences de l'adition d'hérédité reprenaient leur empire, et alors l'héritier, et par conséquent ses créanciers personnels, appréhendaient ce qui pouvait rester des biens de la succession. Il n'en était pas de même, comme nous l'avons vu, des créanciers du défunt, quoique non satisfaits entièrement sur les biens héréditaires. Ils ne pouvaient jamais ressaisir, en revenant à la personne de l'héritier qu'ils avaient repoussé, ce qui pouvait rester de ses biens personnels après le payement intégral de ses propres créanciers; et cela avait lieu, non-seulement relativement aux biens présents, mais encore à l'égard des biens que l'héritier pouvait acquérir par la suite [1]. Telle est en effet la conséquence du principe d'après lequel l'héritier, après la séparation établie, est devenu un étranger à l'égard des créanciers du défunt.

9. Rien de plus clair et de plus logique que cette théorie, adoptée *vulgò*, généralement par les jurisconsultes romains. Elle aboutit en définitive à cette idée, que les créanciers de la succession en demandant la séparation des patrimoines repoussent la personne de l'héritier comme continuant le défunt à leur égard. De même que l'héritier a pour protection contre les créanciers du défunt le bénéfice d'abstention, de même les créanciers ont

[1] Argument de la loi 5, *in fine*, ff., *De separat.*

pour protection contre l'héritier et ses créanciers le bénéfice de séparation. Ils aiment mieux faire revivre le défunt par une fiction, en reconstituant, autant que cela est possible, le patrimoine du *de cujus*, et s'en tenir à la position qui leur est faite avant le décès, que d'avoir à concourir avec tous les créanciers de l'héritier sur les deux patrimoines confondus.

10. Cependant, si la logique était satisfaite en ce que, la séparation des patrimoines ayant pour objet de protéger les créanciers du défunt contre les conséquences de l'adition d'hérédité, il était naturel de remédier aux inconvénients par l'établissement d'un régime modificatif du principe, l'équité avait pourtant quelque peu à souffrir du système. Le créancier héréditaire qui s'est séparé de l'héritier, qui n'en a pas voulu pour débiteur, préférant s'en tenir au défunt et à ses biens, peut être trompé dans son attente. Il peut se faire que l'hérédité soit moins bonne en réalité qu'il ne l'a pensé d'abord, et alors on se pose cette question : y a-t-il nécessité de le punir sans retour, pour un acte imprudent sans doute, mais enfin pour un acte dont il a pu ne pas calculer toutes les conséquences? Et voilà aussitôt que l'équité, cette ennemie des déductions logiques de la science, va d'abord tempérer le principe de la séparation des patrimoines, et puis ensuite avec le temps le faire disparaître, de manière que, dans notre législation moderne, la séparation des patrimoines ne sera plus qu'un vain mot qui ne révèlera à l'esprit rien ou presque rien de ce qu'il révélait autrefois. Il est très-important de suivre le développement de cette idée. C'est à elle qu'il faut attribuer, sous l'empire du Code civil, l'introduction du régime hypothécaire en cette matière.

11. Papinien, comme on le sait, décide (L. 2, § 3, ff., *De separat.*) que, dans le cas où le créancier héréditaire n'a pu obtenir son payement intégral sur les biens de la succession, il peut néanmoins encore, malgré la séparation qu'il a eu l'imprudence de demander, revenir sur les biens de l'héritier pour le reliquat de sa créance; seulement ce recours ne doit pas nuire aux créanciers de l'héritier. Le créancier du défunt ne pourra l'exercer qu'autant que les créanciers de l'héritier seront entièrement désintéressés. Cela paraît très-raisonnable; car il ne faut pas favori-

ser le créancier de la succession outre mesure, et il le serait si, après avoir appréhendé la totalité de l'hérédité à son singulier profit, il pouvait encore concourir avec les créanciers de l'héritier, au marc le franc (*pro ratâ*), sur les biens de ce dernier.

Cependant Paul, qui est le logicien par excellence, et qui, un principe une fois admis, le pousse jusqu'aux dernières conséquences, gourmande Papinien [1].

Il ne veut pas admettre le recours des créanciers de la succession sur les biens de l'héritier, même après que les créanciers de ce dernier ont été payés. C'est qu'en effet la doctrine de Papinien va dénaturer le principe : car elle suppose l'existence d'un rapport de créancier à débiteur entre le créancier du défunt et l'héritier; tandis que, par le bénéfice de la séparation, le créancier de la succession s'est séparé de l'héritier et n'en a pas voulu pour débiteur personnel. C'est donc une théorie dangereuse. La conséquence qu'on pourrait en tirer serait de nature à détruire dans sa base le système de la séparation. Voilà pourquoi Paul la condamne et se réunit à l'opinion généralement suivie, d'après laquelle le créancier du défunt ne peut dans aucun cas retourner aux biens de l'héritier (*V.* L. 1, § 17, et L. 5, *eod.*).

Lorsqu'on lit attentivement le texte de Paul précité, on voit que cet éminent jurisconsulte avait prévu, avec une admirable sagacité, l'abus qu'on devait faire un jour de la décision de Papinien : car c'est de là qu'est venu ce système incompréhensible qui a prévalu sous nos Codes et que nous aurons bientôt à juger.

Il est inutile de nous arrêter longtemps sur la cause évidente de ce dissentiment entre les jurisconsultes de Rome. Du reste, Papinien n'est nullement tranchant dans l'exposition de sa doctrine. Il ne paraît pas très-convaincu : il sait fort bien que le droit est pour ses rivaux; mais il pense cependant, *commodiùs*, qu'on doit faire cette concession à l'équité.

Nous aurons occasion de revenir sur ce point fondamental en examinant l'ancienne jurisprudence française. Voilà pourquoi

[1] *V.* L. 5 et L. 2, § 3, ff., *De separat.* Les interprètes, dans leur fureur de concilier, sont pourtant parvenus à concilier ces lois (*V.* notamment Voët, *De separat.*, n° 3, *in fine*). Il est par trop évident que Paul était d'un avis contraire à celui de Papinien, pour que nous nous arrêtions à cette conciliation (*V.* Cujas, *ad leg.* 5, *De separat.*, quæst. Pauli; Fabrot, t. II, p. 1160).

nous ne lui donnons pas ici tous les développements qu'il comporte.

12. Pour compléter les bases générales du système des Romains, il nous reste la question la plus importante et en même temps la plus difficile de la matière que nous traitons : je veux parler de la question de procédure.

Comment les Romains établissaient-ils leur régime de séparation des patrimoines?

Les interprètes ne se sont pas occupés de cette difficulté; les textes sont muets à cet égard, ou du moins très-peu explicites. Le système des Romains ne nous est pas bien connu; nous n'en possédons que des lambeaux : les ciseaux de Tribonien ont passé par là! Cependant j'oserai hasarder quelques conjectures. Si je me trompe, la critique pourra relever mes erreurs.

13. Il est d'abord hors de doute qu'il fallait une demande de la part des créanciers héréditaires pour obtenir le bénéfice de séparation. Il n'est pas moins certain que le pouvoir d'accorder cette séparation n'appartenait qu'au préteur ou au président de la province (*V.* L. 1, pr. et § 14, ff., *De separat.*).

Mais, avant d'arriver à cette séparation, que se passait-il? Voici, ce me semble, comment on a dû procéder.

Depuis le décès du débiteur jusqu'à l'adition d'hérédité, la succession, être moral, représentait le défunt; elle était dite *jacens hæreditas* (*Inst. Just.*, § 2 *De hæred. instituendis*, lib. II, tit. 14). Il était pourvu par des mesures à la conservation des biens qui la composaient. Si personne ne se portait héritier, on considérait le défunt comme *indefensus* (*V.* L. 4, § 1, ff., *De reb. auct. jud. possid.*). Les créanciers héréditaires pouvaient alors obtenir l'envoi en possession des biens (*V.* à cet égard Ulpien, L. 8, et Paul, L. 9, ff., *Quib. ex caus. in poss.*). Le préteur, sur la demande des créanciers, ordonnait un séquestre dont la durée était de quinze jours. Venait ensuite la vente, dont nous parlerons bientôt (*V.* Gaius, comm. 3, § 78; *V.* aussi comm. 2, § 167). Jusque-là il ne peut s'agir de séparation de patrimoines; car, s'il n'y a pas d'héritier, il n'y a pas de patrimoines à séparer.

14. Mais apparaît un héritier; il accepte l'hérédité qui lui est offerte. Qu'arrive-t-il? les créanciers du défunt sont devenus, par

l'adition d'hérédité, les créanciers de l'héritier. Ils doivent donc concourir, d'après la loi civile, avec les créanciers personnels de ce dernier sur les deux patrimoines désormais confondus. Mais, s'ils aiment mieux renoncer aux biens de l'héritier et s'en tenir à ceux que possédait le défunt, ils peuvent demander, aux termes de l'édit, que les deux patrimoines soient divisés, et de cette manière ils écartent le concours des créanciers de l'héritier des biens de la succession, tant qu'ils ne sont pas désintéressés. Quelle marche devaient-ils suivre pour arriver à ce résultat? Nous avons vu précédemment (n° 3) que Cujas expliquait la séparation des patrimoines par *la possession de biens.* Le titre de la séparation des patrimoines est en effet confondu au Code avec le titre *De bonis auctoritate jud. possidendis*. La place qu'occupe le titre *De separationibus* dans les Pandectes démontre aussi cette vérité. D'ailleurs, on ne comprendrait pas une autre manière de procéder dans la législation romaine. Il est donc constant que l'établissement du régime de séparation était lié aux mesures d'exécution.

Cela posé, il me paraît que, l'héritier représentant le défunt au regard de tous, au moins jusqu'à la séparation prononcée, il y avait lieu de la part des créanciers soit du défunt, soit de l'héritier lui-même, de l'appeler *in jus*, afin de le constituer dans l'état de l'*indefensus*. Si l'héritier donnait satisfaction aux créanciers héréditaires, la séparation, n'ayant plus d'objet, devenait évidemment impossible. Il me semble donc qu'il fallait d'abord s'adresser à l'héritier. Dès lors le fait, de la part des créanciers du défunt, de poursuivre cet héritier ne pouvait constituer soit une novation, soit la reconnaissance de l'héritier pour débiteur, (circonstances de nature à leur faire perdre le bénéfice), parce qu'ils n'obéissaient, en agissant ainsi, qu'à la nécessité (*V.* L. 7, ff., *De separat.*)

15. Si l'héritier cité se cachait frauduleusement au lieu de satisfaire à l'*in jus vocatio* (Ulp., L. 7, §§ 1-2, ff., *Quib. ex caus. in poss.*), ou si, paraissant devant le magistrat, il refusait d'engager l'instance, *negat se defendere aut non vult suscipere actionem* (*V.* Ulp., L. 52, ff., *De regul. juris*), il était alors réputé *indefensus*. C'était le cas de le considérer comme insolvable, *hic*

non est solvendo, *rebus suis caret*..., et comme ne pouvant empêcher la vente de ses biens, *patitur bonorum venditionem* (L. 1, § 1, ff., *De separat.*).

Voici alors ce qui se passait : les créanciers se réunissaient et allaient trouver le préteur ; le préteur pourvoyait au sort commun collectif, *communi cautione* (L. 4, ff., *De separat.*), c'est-à-dire par la *missio in possessionem*. On la nommait *communis cautio*, parce que le gage prétorien qui en résultait profitait à tous, soit que la masse des créanciers eût été envoyée en possession, soit que la *missio* n'eût été accordée que sur la demande d'un seul ; celui-ci possédait alors pour tous les autres et pour lui-même (*V.* L. 12, ff., *De reb. auct. jud. possidendis*) [1].

Les biens en masse se trouvaient ainsi séquestrés pendant trente jours ; à l'expiration de ce délai, le préteur convoquait tous les créanciers ; il leur prescrivait de choisir parmi eux un syndic, un *magister* chargé de faire la vente : *eum per quem bona veneant* (Gaius, comm. 3, § 7). Il était dressé des affiches, qui avaient le double but d'appeler la concurrence et d'avertir ceux des créanciers qui ne s'étaient pas d'abord présentés qu'ils eussent à le faire, parce que le débiteur était tombé en déconfiture. Quelques jours après, on se réunissait de nouveau pour dresser le cahier des charges, *lex bonorum vendendorum*, dans lequel était probablement arrêté l'état des créanciers dont les droits étaient vérifiés [2]. On stipulait que l'*emptor* ne pourrait acquérir le patrimoine du débiteur, sans doute suivant son importance, que pour une somme dont le *minimum* était fixé ; qu'il s'obligeait à payer aux créanciers vendeurs, par exemple, 50 pour 100 de leurs créances (*V.* Théophile, L. 3, t. 12).

C'est probablement dans la première assemblée des créanciers en masse que s'opérait la séparation des patrimoines. Les créanciers du défunt disaient alors : *Creditores Seii dicunt bona Seii sufficere sibi*, *creditores Titii contentos esse debere bonis Titii* (L. 1, § 1, ff., *De separat.*). Si ensuite le préteur, *causâ cognitâ*,

[1] Les gages prétoriens n'étaient pas soumis à la règle *prior tempore potior jure* (*V.* L. 5, § 4, ff., *Ut in possessionem legat*, etc.).

[2] Tout cela ressemble singulièrement à nos faillites (*V.* M. Bonjean, Traité des actions, t. II, §§ 395 et suiv.).

accordait la séparation, aux termes de l'édit, une scission s'opérait entre les créanciers du défunt d'une part et les créanciers de l'héritier de l'autre part : de telle sorte qu'une fiction faisant revivre le défunt, il y avait deux débiteurs différents, et, par conséquent, deux classes de créanciers incompatibles : *Sic quasi duorum fieri bonorum venditionem... quasi defuncti bona vendiderunt... hos qui secuti sunt hæredem, cum creditoribus hæredis numerandos* (*V.* L. 1, § 1-16 ; et L. 5, ff., *De separat.*).

Était-il nommé deux *magistri?* c'est ce que les textes ne disent pas. Dans tous les cas, il est certain que les deux patrimoines étaient réellement divisés.

Mais il peut se faire qu'avant la vente l'héritier, soit par lui-même, soit par des cautions, donne satisfaction aux créanciers. Il fait alors cesser la *missio in possessionem* (L. 33, § 1, ff., *De reb. auct. jud.*). S'il est donné satisfaction aux créanciers du défunt, les biens héréditaires dont la possession cesse entre leurs mains se réunissent à la masse des biens particuliers de l'héritier, et les créanciers du défunt sont *dimissi*, le contraire de *immissi*. De cette manière, les créanciers de l'héritier en profitent. Si, au contraire, il est donné satisfaction aux créanciers de l'héritier, ceux-ci sont également *dimissi;* mais les jurisconsultes étaient divisés sur la question de savoir si les biens dont la possession était enlevée aux créanciers de l'héritier pouvaient se réunir à la masse de la succession. Papinien pensait que oui (*V.* L. 3, ff., *De separ.*). Paul et Ulpien, et les autres généralement, *vulgò*, pensaient que non (*V.* L. 1, § 17 et L. 5, ff., *Eod.*).

C'est ainsi, ce me semble, qu'on peut entendre la loi 3, § 2 de notre titre, et ce mot *dimissi* qu'on y lit.

Cependant Ulpien (L. 1, § 17), et Papinien (L. 3, § 2), semblent dire qu'il s'agit du cas où la masse de la succession a été vendue pour une somme supérieure aux dettes du défunt. Cela se comprend très-bien, au VI[e] siècle, avec les ventes pièce à pièce; mais cela se comprend plus difficilement avec les ventes de biens en masse, système sous lequel le *bonorum emptor* offrait aux créanciers tant pour cent de leurs créances. Il faudrait supposer alors qu'au cas de séparation des patrimoines, il offrait aux créanciers de la masse héréditaire une somme supérieure à

celle qui leur était due; par exemple, 120, 130, 140 pour cent, lorsque le patrimoine du défunt était d'une valeur supérieure aux dettes, sauf à reverser l'excédant dans la caisse des créanciers de l'héritier. Cela me paraîtrait bizarre. Toutefois il me paraît certain, d'après l'ensemble du texte, que *le minimum* à offrir par les amateurs étant seul fixé, la concurrence pouvait faire monter le prix de la masse de la succession au delà de l'importance des créances héréditaires. Dans ce cas, il devait y avoir une manière de procéder autre que le dividende dont parle Théophile. Tribonien aura retranché des textes devenus inutiles. Il y a là-dessous quelque chose que nous ne connaissons pas, ou du moins que je ne connais pas.

Quoi qu'il en soit, à partir de la séparation prononcée, l'héritier devenait un étranger au regard des créanciers du défunt qui s'étaient retirés de sa personne et de ses biens. C'est la conséquence forcée des textes sur lesquels nous nous sommes expliqué plus haut.

Les syndics, les directeurs *magistri*, ou le syndic unique *magister*, si l'on n'en nommait pas un pour chacun des patrimoines divisés, devaient procéder à la vente dans un délai déterminé (Gaïus, 3, § 79). Cette vente pouvait toutefois être reculée à raison des circonstances. On nommait alors *un curator* ou des *curatores* dans une nouvelle assemblée des créanciers, et ce que faisaient les *curatores* était reconnu recevable (L. 2, ff., *De curat. bon. dand.*).

Après l'accomplissement de toutes les formalités, le *magister* adjugeait chacun des patrimoines à l'amateur ou aux amateurs qui offraient les dividendes les plus élevés (Théophile, *loc. cit.*). Le *bonorum emptor* ou les *bonorum emptores* étaient considérés comme des héritiers à titre universel (Gaïus, 3, § 77). Toutefois ils n'acquéraient pas, par la seule *emptio bonorum*, le domaine *ex jure Quiritium*. Il leur fallait l'usucapion. Les biens achetés étaient seulement *in bonis* (Gaïus, 3, § 80)[1].

[1] Le texte de Gaius, qui ne nous est pas parvenu en entier, ajoute cependant que cela ne se passait pas ainsi dans tous les cas. Quels cas? *Grammatici certant et adhuc sub judice lis est.* M. Pellat pense qu'il s'agissait vraisemblablement de la *sectio bonorum*.

§ 2. — Ancienne jurisprudence française.

20. L'ancienne jurisprudence française adopte, non toutefois sans contestation, le tempérament de Papinien (*V.* ci-dessus, nos 10 et 11). Lebrun [1] place ce jurisconsulte dans l'un des plateaux de la balance, et il trouve qu'il pèse autant à lui seul que tous les autres ensemble. Il adopte en conséquence son système, et, qu'on remarque bien ceci, il l'explique en disant que la séparation des patrimoines n'est pas capable de porter atteinte au principe de l'adition d'hérédité. Alors commence à prendre le dessus ce système bâtard d'après lequel les créanciers du défunt sont séparés, par suite du bénéfice, non pas de l'héritier, mais seulement de ses créanciers personnels. On outre-passe la pensée de Papinien en voulant l'expliquer; on tombe dans le danger que Paul et Ulpien voulaient éviter. Ce que Papinien énonçait comme une dérogation à la logique rigoureuse des principes, va se transformer en un système entier organisé sur des bases toutes nouvelles. L'adition d'hérédité va concourir avec la séparation des patrimoines; puis, par une aberration d'idées véritablement incompréhensible, on conservera des textes qui n'ont de sens que dans le système primitif de séparation. Oh! alors on arrivera au chaos le plus complet qu'il soit possible d'imaginer.

21. Après Lebrun vient Pothier, dont l'autorité est toujours un fait important. Malheureusement il sacrifie aux idées de son temps; il prétend même en principe justifier la décision de Papinien, « parce que, dit-il, la séparation de biens, introduite en » faveur des créanciers de la succession, ne doit pas être rétor- » quée contre eux. En la demandant, ils n'ont pas eu l'intention » de libérer l'héritier de l'obligation qu'il a contractée envers » eux par l'acceptation de la succession, mais seulement d'être » préférés sur les biens du défunt aux créanciers de l'héritier [2]. »

Ainsi, voilà le bénéfice de séparation réduit à une simple cause de préférence. Dans le système de Pothier, le concours aura lieu

[1] Traité des successions, l. 4, ch. 1, sect. 1, n° 6.
[2] Successions, chap. 5, art. 4.

entre les créanciers du défunt et ceux de l'héritier; seulement la préférence appartiendra aux créanciers héréditaires sur les biens du défunt dont l'origine est constante. Mais alors c'est un privilége, c'est une hypothèque, et ce n'est rien autre chose. Ce ne sont plus deux patrimoines séparés et deux classes de créanciers incompatibles se distribuant, sans avoir rien de commun entre eux, les patrimoines de deux débiteurs différents. Cela me paraît évident.

J'ai la conviction profonde que Pothier n'a pas saisi le véritable sens des lois romaines. S'il eût pesé le passage suivant de Cujas, il ne serait pas tombé dans une erreur qui a amené les interprètes du Code, et le Code lui-même, dans un dédale inextricable.

« Regulariter postulata separatio bonorum nocet creditori qui » eam postulavit, ut posteà non possit venire ad bona hæredis, » si solidum ex bonis defuncti consecutus non sit..... »

Et plus loin, lorsqu'il examine la controverse qui existe entre Paul et Papinien :

« Videtur inter eos fuisse æmulatio quædam; sed in proposito » valet mihi plus quod ait Papinianus, æquiùs suam sententiam » probari commodius esse; (sed) veriùs utiliùsque cæteros certare jure, meritòque. »

Ainsi l'équité peut être du côté de Papinien ; mais ses rivaux sont dans les véritables principes, et Cujas se range à leur avis, *meritòque*. Il annonce ensuite que de son temps la question était vivement controversée : *in jure componuntur multæ et magnæ dissensiones* [1].

22. Revenons à Pothier, qui se sépare ici de son maître ordinaire. Sans doute il est certain qu'en règle générale on ne peut rétorquer contre une personne un droit introduit en sa faveur. C'est là pourtant une abstraction qui, comme tous les brocards de palais, ne doit être admise qu'avec réserve. Faites application de ce principe à la matière qui nous occupe : qu'en résultera-t-il? C'est qu'il faudra d'abord considérer le créancier de la succession comme acquérant, par la séparation des patrimoines,

[1] *V.* Cujas, Quest. de Papinien, *De separat.*, ad § *Quid ergò* et ad § *Sed in quolibet.* Fabrot, t. I, posth., p. 694. *V.* aussi Duaren, *De separat.*, chap. 4.

un droit absolu sur le patrimoine du défunt, et ensuite, pour connaître l'étendue de ses droits sur les biens de l'héritier, raisonner comme si le bénéfice n'existait pas : c'est-à-dire le considérer comme créancier personnel de l'héritier, malgré le régime de séparation. Ce système conduit évidemment au concours du créancier héréditaire avec les créanciers de l'héritier sur les biens de ce dernier. Aussi Pothier, écrivant sur des textes qui décident le contraire, aperçoit-il le précipice vers lequel le pousse forcément sa doctrine; et il cherche à l'éviter en consacrant une erreur, c'est-à-dire en réduisant la séparation des patrimoines à une cause de préférence. Et quelle cause de préférence? une cause de préférence d'un genre extraordinaire, car elle donnera aux créanciers du défunt une espèce de privilége sur le patrimoine du *de cujus;* mais elle empêchera ces créanciers de venir concourir avec les créanciers de l'héritier sur le patrimoine de ce dernier. Cependant la saisine sera conservée, et les créanciers du défunt seront devenus et ne cesseront pas d'être les créanciers de l'héritier, mais à la condition de ne pas user de ce droit personnel avant que les créanciers propres de l'héritier ne soient désintéressés. Tout cela veut dire que les créanciers du défunt seront privilégiés sur les biens de la succession, que les créanciers de l'héritier seront privilégiés sur les biens de l'héritier, et que tous seront créanciers du même débiteur.

23. Si, comme législateur, nous avions à examiner cette théorie, nous aurions à rechercher jusqu'à quel point elle concilie tous les intérêts. Mais vouloir la faire passer comme étant celle des Romains, c'est là ce que, pour mon propre compte, je n'admettrai jamais. Pothier, sous l'empire de la législation qu'il explique, commet une erreur capitale en prétendant que la séparation des patrimoines ne modifie pas le principe de l'adition d'hérédité. De là il est amené forcément à confondre le bénéfice de séparation avec une cause de préférence; c'est-à-dire deux choses qui n'ont aucune espèce de rapports entre elles. Car, ainsi que nous l'avons déjà dit, il ne pouvait y avoir concours entre les deux classes de créanciers, puisqu'on procédait comme s'il y avait deux débiteurs différents (*V.* L. 1, §§ 1, 10, 17; L. 5, ff., *De separat.*).

Aussi Pothier, si assuré ordinairement dans sa marche, tergiverse-t-il ici ; il ne sait comment sortir de la route dans laquelle il s'engage. Alors, dans une de ces phrases entortillées, si à la mode aujourd'hui et si rares chez lui, il se tire d'affaire en amalgamant deux idées contradictoires, lorsqu'il ajoute « que les » créanciers de l'hérédité ne doivent cependant être payés sur » les biens de l'héritier qu'après les créanciers de ce dernier, » *quoiqu'ils pussent dire qu'étant aussi créanciers de l'héritier,* » *ils doivent venir en concurrence sur les biens de l'héritier avec* » *les autres créanciers de ce dernier.* » Il motive ensuite cette décision sur la raison d'équité que l'on connaît. C'en est assez sur ce point ; cette doctrine est jugée : car si vous en retranchez, comme l'a fait le Code civil, la restriction imposée à Pothier par le texte de Papinien qu'il croit expliquer, vous anéantissez entièrement ce qui peut rester encore de séparation dans la théorie transitoire de Pothier, et vous aboutissez à ceci : que la séparation des patrimoines ne sépare plus rien ; qu'elle dégénère en une simple préférence, laissant la libre disposition des biens du défunt à l'héritier, qu'elle reconnaît dans tous les cas comme débiteur personnel des créanciers héréditaires : d'où suit que la fiction de la survivance du défunt à lui-même disparaît complétement. Il faut avouer que c'est là une singulière séparation. C'est une séparation des patrimoines qui ne divise aucunement les deux patrimoines.....

24. Telle n'était pas certainement l'idée des Romains, admise généralement, *vulgò;* telle n'était pas non plus la doctrine de Papinien lui-même : car ce grand jurisconsulte ne modifie le principe que pour l'avenir, et après que tous les créanciers de l'héritier auront été payés. Il ne prétend pas organiser un système sur des bases autres que celles de Paul et d'Ulpien. Il admet la séparation des créanciers du défunt de *la personne* de l'héritier, et toutes les conséquences de la doctrine de ses rivaux ; seulement il diffère en un point particulier. Il rejette leur théorie dans un cas où, poussée jusqu'aux dernières limites, elle arrive à une rigueur inutile. D'après lui, l'adition d'hérédité a été suspendue, a sommeillé pour un temps, et voilà tout. Si le texte de Papinien pouvait signifier ce que Pothier lui fait dire, il y au-

rait deux théories rivales élevées l'une à côté de l'autre dans le titre *De separationibus*. Or est-il présumable que Tribonien, quelque incurie qu'on puisse lui reprocher, ait voulu faire marcher de front dans le même titre deux systèmes contraires? Mais il n'en est pas ainsi. Si le système que je combats était vrai, les deux théories ne différeraient pas seulement en un point; organisées sur des bases étrangères les unes aux autres, les conséquences s'en feraient sentir sur tout le système. Le *mens eligendi* n'aurait aucun sens dans la doctrine de Papinien, entendue comme l'entend Pothier. Et pourtant, le jurisconsulte romain admet évidemment la simple reconnaissance de l'héritier pour débiteur comme un obstacle au bénéfice de séparation. Un dissentiment de sa part sur un point aussi important n'eût pas manqué d'être signalé par Paul, qui, ne voyant que les principes, le combat chaque fois qu'il abandonne la logique pour l'équité. Or voyez-vous d'ici Papinien poser la théorie suivante :

« La séparation des patrimoines n'empêche pas l'héritier d'être, » *aux yeux du préteur*, le débiteur personnel des créanciers du » défunt, parce que l'adition d'hérédité ne souffre aucune at» teinte du bénéfice; mais il est défendu aux créanciers du dé» funt, à moins de consommer leur ruine, de reconnaître l'hé» ritier pour..... pour..... leur débiteur personnel !!... »

Et puis : « Les créanciers du défunt sont devenus pour tou» jours, quoi qu'il arrive, malgré la séparation des patrimoines, » les créanciers de l'héritier; mais ils ne viendront pas concourir » avec les créanciers de ce dernier sur les biens de leur débi» teur!... » Oh! respectons ces hommes prodigieux, auxquels on ne peut reprocher quelquefois que trop de logique, et ne les rendons pas responsables de pareilles incohérences. Ce sont les interprètes qui ont perdu le bénéfice de séparation; ils ont perdu bien d'autres institutions! Certes il ne faut pas mettre sur le compte de Papinien les idées bizarres qui ont prévalu dans quelques articles du Code civil et dans les écrits de ceux qui les ont commentés; ce sont les feudistes qui, mélangeant à chaque instant des pratiques françaises avec le droit romain, ont créé ces théories mixtes que désapprouve la raison. C'est Lebrun, c'est Pothier surtout qu'il faut accuser; car ce sont eux qui, pour n'a-

voir pas suivi l'opinion de Cujas, l'homme-texte par excellence, ont d'abord organisé un système qui n'était pas celui du droit romain, et qui ensuite, en conservant des fragments qui ne pouvaient subsister avec leurs idées nouvelles, sont arrivés à une doctrine qui, sous le Code civil, deviendra aussi contraire à la législation romaine qu'au bon sens, à moins qu'on ne se jette dans le refuge heureusement ouvert par les articles 2111 et 2113, c'est-à-dire dans le système hypothécaire. Est-il en effet possible, pour tout homme qui raisonne, d'admettre la séparation des patrimoines concourant avec la saisine non modifiée, c'est-à-dire d'admettre en même temps, comme bases fondamentales d'un système, la conjonction et la disjonction!...

25. Un mot maintenant sur la procédure suivie par l'ancienne jurisprudence en matière de séparation des patrimoines.

Les formes de la législation romaine n'ayant pas passé dans notre droit, il paraît qu'en France la séparation des patrimoines s'obtenait autrefois par lettres de la chancellerie. Les créanciers de la succession se faisaient délivrer des lettres de séparation des patrimoines, comme l'héritier des lettres de bénéfice d'inventaire : cette opération était du ressort de l'administration. C'était, me semble-t-il, un vestige de *l'imperium* du préteur, qui, à Rome, n'avait pas seulement l'exercice du pouvoir judiciaire. La *missio in possessionem* était en effet *magis imperii quàm jurisdictionis* (*V.* Ulp., L. 4, ff., *De jurisd.*).

« Ainsi, dit Leprêtre (1re centurie, chap. 75), si les meubles » du défunt sont saisis à la requête des créanciers de l'héritier, » les créanciers du défunt se doivent opposer et obtenir *lettres* » *royaux* afin de demander séparation des biens du défunt d'avec » ceux de l'héritier. [1] »

Alors il était vrai de dire : La *demande* en séparation des patrimoines appartient aux créanciers de la succession... Les créanciers qui demandent, etc... Cette expression, *demande*, était rigoureusement exacte.

[1] *V.* aussi Claude Ferrière, Jurisprudence du Digeste conférée avec les coutumes, édit. de 1677, t. II, p. 472. — Du reste, ce point m'a paru obscur. Ce n'est rien nous apprendre que de nous dire qu'il fallait obtenir des lettres de la chancellerie. J'ai fait de vaines recherches à cet égard dans les anciennes pratiques.

Mais l'usage des lettres de la chancellerie est tombé en désuétude, et on n'y a rien substitué. Les mots sont restés avec une signification tout autre : c'est-à-dire que la demande en séparation, sous notre législation, n'a plus été autre chose que la demande en collocation par prélèvement, privilége ou préférence, attendu la qualité de créancier du défunt. Aussi, quand on voit les anciens auteurs, tels que Lebrun, Domat, Pothier, se servir de ces expressions : « La demande en séparation des patrimoines » appartient aux créanciers du défunt..... Ceux qui deman- » dent, etc... », il ne faut pas conclure de là que cette demande s'intentait par action principale contre l'héritier ou contre les créanciers. Un passage de Lebrun est un trait de lumière à cet égard : « En France, dit-il au n° 24, la séparation des patri- » moines a lieu de plein droit; elle n'est pas sujette à demande. »

Or, il est arrivé que les auteurs du Code civil ont copié ensuite les expressions de Lebrun et de Pothier, sans faire attention au changement qui s'était opéré dans la manière de procéder à cet égard; mais si ces expressions ont passé dans nos lois, c'est bien entendu avec la signification qu'y attachaient ces auteurs, dont les termes se retrouvent à chaque pas au titre des successions.

On voit, d'après cela, que l'histoire suffirait à elle seule pour condamner la théorie de ceux qui veulent absolument que l'inscription de l'article 2111 soit précédée, accompagnée ou suivie d'une demande en séparation des patrimoines.

Au reste, Henrys, t. 1er, L. 4, quest. 28 ;— Leprêtre, 1re centurie, ch. 75, et Claude Ferrière, *loc. cit.* (sauf ce qu'ils disent sur les lettres de la chancellerie); — Brillon, v° *Séparation;* — Brodeau sur Louet, *lettre* H, somm. 19 ; — Legrand, sur Troyes, art. 83, glos. 3 ; — *Journal du Palais* (1er août 1686, 5e quest.); — Lemaistre (*Cout. de Paris*, tit. 15, *des success.*, *in fine*); — Rousseau de la Combe (*Rép.*, v° *Séparat.*); — Despeisses, part. 3, tit. 2, sect. 5 ; — Domat (L. 3, tit. 2, sect. 1); — Lebrun, *Successions* (liv. 4, chap. 2, sect. 1) ; — Pothier, *Successions* (chap. 5, art. 9); — Bourjon, *Droit commun de la France*, 2e partie, *des successions*, sect. XI, etc., etc. — Tous ces auteurs sont d'un mutisme désespérant sur la question qui nous occupe. J'en conclus que la séparation des patrimoines s'opérait

de plein droit, comme le dit Lebrun; qu'elle n'était qu'un simple droit de préférence mal défini, une espèce de privilége bâtard *sui generis*. J'en conclus encore que la véritable séparation des patrimoines, le régime collectif des Romains, n'a jamais existé en France; aussi n'apparaît-il pas que l'ancienne jurisprudence ait fait grand usage de ce bénéfice important. C'est à peine si l'on trouve quelques rares décisions judiciaires sur la matière, dans les vastes compilations d'arrêts qu'elle nous a laissées.

La séparation des patrimoines a toujours été en France une institution peu connue!...

HUREAUX.

(La suite à un prochain cahier.)

Dumoulin et la jurisprudence sur la nature de la légitime ou réserve.

Par M. C. GINOULHIAC, docteur en droit, à Paris.

TROISIÈME ET DERNIER ARTICLE [1].

Quelque hâte que nous ayons d'arriver au système adopté par nos législateurs modernes sur la nature de la légitime, nous ne saurions passer sous silence les lois intermédiaires, qui en sont la préface naturelle.

L'Assemblée constituante commença l'œuvre de fusion et d'unité des différentes classes de citoyens et des lois ou coutumes, que le temps seul pouvait accomplir. Mais elle démolit plutôt qu'elle n'édifia; elle frappa de mort les anciens priviléges, mais elle ne réforma pas les coutumes; et, si elle entendit la voix de Mirabeau réclamant dans son sein l'égalité absolue des enfants, l'abolition des testaments, ce fut la Convention nationale qui vota la loi du 17 nivôse an II. 1789 était déjà bien loin à cette

[1] *V.* ci-dessus, t. I, p. 443, et t. II, p. 377.

époque; les principes réactionnaires avaient succédé aux principes réformateurs; et, pour prévenir les abus du privilége, on fit tout plier, les liens de famille, la liberté même, sous le joug de l'égalité.

Il n'y eut plus alors ni propres, ni acquêts, ni meubles; point de distinction entre eux; il n'y eut que des biens qui, en vertu de la loi nouvelle, appartenaient aux héritiers par portions égales. Le père de famille ne pouvait porter atteinte à cette égalité absolue, en disposant d'une part quelconque de son patrimoine en faveur de l'un de ses successibles au préjudice des autres; et le successible ne pouvait rien retenir de la succession ni se dispenser du rapport, même en renonçant. Les dispositions contenues dans l'article 9 sont trop remarquables pour que nous ne les rapportions pas textuellement : « Les successions des » pères, mères ou ascendants, ouvertes depuis et compris le » 14 juillet 1789, et qui s'ouvriront à l'avenir, seront partagées » également entre les enfants, descendants ou héritiers en ligne » collatérale, nonobstant toutes lois, coutumes, donations, tes- » taments et partages déjà faits. En conséquence, les enfants, » descendants et héritiers en ligne collatérale, ne pourront, » même en renonçant à ces successions, se dispenser de rap- » porter ce qu'ils auront eu à titre gratuit, par l'effet des dona- » tions que leur auront faites leurs ascendants ou leurs parents » collatéraux, le 14 juillet 1789 ou depuis. » Les coutumes d'égalité parfaite n'étaient assurément pas plus sévères; seulement elles ne s'appliquaient qu'aux roturiers, dont la loi particulière devint ainsi la loi commune. On comprend d'ailleurs cette assimilation : car ces coutumes, comme la loi de nivôse, avaient pour but d'empêcher l'accumulation et même de favoriser le morcellement des héritages; mais les prescriptions des unes étaient en haine des roturiers et en faveur des nobles, celles des autres, au contraire, en faveur de l'égalité roturière contre les priviléges et la puissance de la noblesse.

Sous ce régime, dont on ne saurait contester la simplicité, toutes les questions relatives à la légitime étaient tranchées; car elle s'y confondait nécessairement avec la succession *ab intestat.* La loi de nivôse permit, il est vrai, de disposer d'un dixième ou

d'un sixième, selon qu'il y avait ou non des enfants, mais en faveur d'un non successible, et l'indisponibilité du patrimoine n'en était pas moins la règle, la faculté de disposer l'exception.

Malgré ses principes d'égalité démocratique, la loi de l'an II rencontra des résistances puisées dans les habitudes; et, si nous en croyons les membres du conseil d'État qui le déclarèrent lors de la discussion du Code civil, et le rapporteur de la loi du 4 germinal an VIII, elle ne fut pas appliquée dans plusieurs parties de la France, et elle fut violée dans toutes par des conventions frauduleuses. En présence de tels faits, on dut rétablir la faculté de disposer d'une plus grande partie de son patrimoine, et d'en disposer au profit des enfants ou autres successibles. La loi de germinal an VIII permet la disposition, par actes entre-vifs ou par actes de dernière volonté, du quart au plus et d'une portion virile au moins de la succession, lorsqu'il y a des enfants; de la moitié, s'il y a des ascendants, des frères ou sœurs; des trois quarts, si le défunt laisse des parents au degré de cousin issu de germain; de la totalité, à défaut de parents dans les degrés ci-dessus exprimés.

L'article 5 de cette loi est ainsi conçu : « Les libéralités au-» torisées par la présente loi pourront être faites au profit des » enfants ou autres successibles, sans qu'elles soient sujettes à » rapport. »

Les motifs sur lesquels s'appuyèrent les nouveaux législateurs furent la nécessité de rétablir le père dans l'exercice de son autorité, en lui donnant les moyens de récompenser et de punir, et la justice de laisser à chacun la liberté de disposer d'une partie de sa propriété. Les biens furent ainsi divisés en deux parts, tantôt égales, tantôt inégales, dont l'une était indisponible et l'autre disponible. Quant à la première, on ne changea rien aux dispositions de la loi de nivôse, et elle fut toujours réglée comme succession *ab intestat*. En permettant de disposer de la seconde au profit d'un successible comme au profit d'un étranger, on apporta de graves modifications à l'ancien système des pays de coutume. En effet, on ne put disposer ainsi que de la quotité disponible, et si le successible venait à la succession, il retenait cette quotité seule hors part; s'il renonçait, il ne pouvait retenir

plus que cette quotité. Cela résulte évidemment des termes de la loi que nous avons cités et de l'exposé des motifs du tribun Duveyrier. Dès lors disparut cette anomalie signalée dans l'ancien système coutumier, qu'en renonçant à la succession, le donataire pût retenir sa légitime, part héréditaire, outre la quotité disponible. Mais ce serait une erreur de croire qu'en réalité ce système fût complétement changé. La coutume de Paris ne divisait-elle pas les biens en deux parts : l'une indisponible, traitée comme l'hérédité *ab intestat* elle-même, avec saisine, rapport, action en pétition d'hérédité,....; l'autre disponible en faveur d'un étranger ? Nous l'avons déjà montré, et les conseillers d'État Tronchet et Bigot de Préameneu l'ont reconnu formellement lors de la discussion, au conseil d'État, du chapitre relatif à la légitime ou réserve. Sauf la quotité et la faculté de renoncer en retenant la légitime, on peut donc dire que le législateur de l'an VIII n'a fait qu'adopter, en leur donnant une force nouvelle, les principes de Dumoulin, comme celui de l'an II avait adopté les principes des coutumes d'égalité parfaite.

Je n'insisterai pas davantage sur la loi de germinal an VIII, qui ne fut qu'une loi transitoire, posant ou rétablissant un principe que le Code civil devait appliquer et développer dans toutes ses conséquences. Mais les observations que j'ai faites sur cette loi et sur celle de nivôse m'ont paru nécessaires pour bien comprendre la manière dont était posée la question de la légitime lorsque les rédacteurs du Code civil eurent à s'en occuper.

Remarquons d'abord que la discussion au conseil d'État ne porta nullement sur la nature de la légitime, que le droit coutumier et surtout les lois de nivôse et de germinal avaient définitivement fixée. On ne discuta guère que sur la quotité de la légitime ; aussi ne trouvons-nous pas formulé en article de loi ce principe que la légitime n'est autre chose que la succession *ab intestat* diminuée d'une certaine portion disponible. Cela résultait évidemment de ce que le législateur avait déjà réglé la succession *ab intestat;* mais cela résulte surtout de la manière dont est conçu l'article 913 du Code civil, qui, comme la loi de germinal, ne parle pas de la légitime soumise à toutes les règles des successions ordinaires, mais seulement de la faculté de disposer et de la quotité dispo-

nible : *Les libéralités, soit par actes entre-vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant*, dit le législateur (articles 913, 915). Toutes les fois qu'il y a nécessité de rappeler la nature commune ou plutôt l'identité de la légitime et de la succession *ab intestat*, le Code ne manque pas de le faire. Ainsi, dans l'article 914, *succession* est synonyme de *réserve;* ainsi, dans l'article 915, parlant des ascendants, le législateur dit, après avoir fixé la quotité disponible dans le cas où il n'y a pas d'enfants : *les biens ainsi réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder.* Ce point pouvait souffrir difficulté à cause de leur appel simultané avec les frères et sœurs ou de leur exclusion par ces derniers. De même, lorsque l'héritier *légitime* est en présence d'un légataire universel, il était important de savoir, à cause des principes du droit romain, adoptés dans les pays de droit écrit et relatifs à *l'institution* d'héritier, lequel des deux serait saisi des biens de la succession, et il déclare que : *lorsqu'au décès du testateur il y a des héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit de tous les biens de la succession, et le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament* (1004). Cette disposition suffirait évidemment à elle seule pour prouver que la légitime est une portion de la succession *ab intestat;* car on peut logiquement conclure de la saisine à la succession (724).

Si l'on n'admet pas cette explication, il est impossible de concevoir comment le législateur n'a parlé de la nature de la légitime qu'incidemment, et comment il n'a parlé nulle part de son règlement entre les légitimaires, notamment de l'imputation comme distincte du rapport.

La légitime était réglée directement par la loi romaine, parce qu'elle faisait exception à la liberté absolue de disposer proclamée en principe en faveur du père; il en fut de même dans les pays coutumiers, parce qu'elle restreignait aussi la libre disposition des meubles et des acquêts accordée par la coutume; et cependant dans les pays coutumiers la légitime et la succession *ab intestat* avaient les mêmes règles. Combien, à plus forte raison,

pouvons-nous en dire autant aujourd'hui que l'indisponibilité est le principe, la liberté de disposer l'exception! L'article 1004 établit péremptoirement cette prééminence de la disposition de la loi sur celle de l'homme.

J'ai cru devoir me servir jusqu'ici du mot *légitime*, pour désigner la partie indisponible des biens, pour deux raisons : la première, c'est qu'il a été constamment employé dans la discussion, au conseil d'État, par tous les membres qui ont pris part à cette discussion ; la seconde, c'est que j'ai craint, en me servant du mot de *réserve*, de donner le change sur sa vraie signification dans notre Code. Cette réserve n'est nullement, comme plusieurs l'ont cru, l'ancienne réserve coutumière qui attribuait aux parents de la ligne une partie des propres par préférence aux ascendants, et même aux collatéraux plus proches. Il suffit de poser dans ses véritables termes l'origine et la nature de l'ancienne réserve pour reconnaître que nos législateurs modernes n'ont pu avoir la pensée de la rétablir. Ils l'ont d'ailleurs déclaré eux-mêmes par la bouche du conseiller d'État Bigot de Préameneu dans l'exposé qu'il fit au conseil avant la discussion des articles ; et, si quelque doute eût pu rester lorsque les frères et sœurs avaient une réserve dans le projet, il n'est plus possible aujourd'hui que cette réserve leur a été enlevée sur les observations du tribunat, et par cette considération que, s'il n'existe que des collatéraux, même des frères ou sœurs, ou leurs descendants, alors on ne peut voir de motifs suffisants pour gêner la faculté de disposer. Si, en prétendant assimiler la portion indisponible à la réserve, on a voulu dire seulement que le nouveau législateur frappait d'indisponibilité une partie des biens, on a eu raison; mais en établissant la légitime, les jurisconsultes et les coutumes en avaient fait autant, surtout lorsqu'ils déclaraient que cette légitime n'est autre chose qu'une partie de la succession *ab intestat*, dévolue et partagée en vertu des mêmes principes que cette dernière. Reste cette question qu'on ne peut manquer de s'adresser : Pourquoi le législateur a-t-il changé le mot de *légitime* en celui de *réserve ?*

Dans la première rédaction des articles 913 et suivants du Code civil, les rédacteurs avaient ainsi formulé l'indisponibilité :

« S'il y a des enfants ou descendants des enfants au temps du dé» cès, ils auront, *à titre de légitime*, *les trois quarts* de ce qui » leur reviendrait par succession, s'il n'y avait pas de donation » entre-vifs ou testamentaire. » Sur la proposition du consul Cambacérès, on rejeta la règle d'une quotité invariable pour la légitime, et on décida qu'elle serait fixée eu égard au nombre des enfants, comme dans la loi de germinal, lorsqu'il y avait plus de trois enfants; on calqua la rédaction nouvelle de l'article 913 sur la rédaction de cette loi, et, au lieu de fixer la légitime, on fixa directement la quotité disponible. Le mot de légitime disparut ainsi des articles adoptés.

Quant au mot réserve, qui n'avait été employé dans la discussion qu'à l'occasion des frères et sœurs, et qui désigna même la part que le conseil d'État leur avait accordée dans les biens de la succession, il se trouvait dans les art. 18 et 24 du projet avec la même signification. « Dans tous les cas, disait l'art. 24, » la réduction sera dans les proportions établies par l'art. 18, » en raison de la *légitime* ou de la *réserve*. » La réserve des frères fut supprimée; mais le mot qui avait été introduit à son occasion resta comme synonyme de légitime dans les art. 915, 917, 921. Pour désigner les légitimaires, on se servit d'une périphrase, *les héritiers auxquels une quotité des biens est réservée*, ou *auxquels la loi réserve une quotité des biens* (1004, 1006, 1009, 1011). L'art. 1049 parle aussi des biens qui ne sont point *réservés par la loi dans la succession*, expressions bien plus exactes que le mot légitime, pour désigner une portion des biens indisponibles non attribuée en effet, mais seulement réservée aux héritiers. Il faudrait, ce nous semble, abuser des analogies de mots pour faire rentrer par ceux-là dans notre Code tout le système des réserves coutumières qu'on a formellement proscrit. Ainsi, pour nous résumer, la légitime est restée, mais le mot a disparu, et, au contraire, la réserve a disparu, et le mot est resté. Ces explications données, nous nous servirons désormais du mot réserve.

Si en présence de tels faits nous n'attachons pas une valeur absolue aux mots, et encore moins à leur similitude historique, nous ne saurions ne pas tirer argument de ceux qui

ont une valeur incontestée. Ainsi, dans les art. 917, 924, 930, 1004, 1006, 1009, 1011, ceux auxquels une portion des biens est réservée sont toujours désignés comme héritiers, ce qui indique l'identité des deux qualités ; l'art. 1049 parle des biens réservés comme l'étant dans la succession, dont ils doivent dès lors être considérés comme faisant partie; nous pouvons donc conclure de là à l'identité de la réserve et de la succession *ab intestat.*

Mais l'article 921, parlant de *ceux au profit desquels la loi fait la réserve*, ne dit pas, comme les autres, *les héritiers au profit desquels.* De plus, dans la discussion de cet article, il fut dit par le conseiller Maleville qu'on *a mal à propos supposé que le légitimaire agissait nécessairement comme héritier.* Cette opinion fut appuyée par le consul Cambacérès, qui dit aussi : « Que la qualité de légitimaire ne suppose pas nécessairement la qualité d'héritier, puisque les enfants à qui le testateur a ôté cette dernière qualité en instituant un étranger, ont néanmoins le droit de retenir la *quarte falcidie.* » Ces raisons, puisées dans les principes de la jurisprudence des pays de droit écrit, ne furent pas adoptées par le Conseil ; elles furent même formellement repoussées plus tard par l'article 1004. On décida, en effet, dans cette séance, et nonobstant l'opposition du conseiller Treilhard, qui voulut mettre en dehors la question de savoir si le légitimaire était ou non héritier : 1° que l'action en réduction aura lieu contre les enfants donataires ; 2° que les créanciers de la succession peuvent exercer leur action sur les biens que la réduction rend aux légitimaires.

La question eût été tranchée en ce sens que l'hérédité et la part réservée sont une seule et même chose et que les réservataires sont soumis aux mêmes obligations que les autres héritiers même par rapport à la légitime, si on s'en fût tenu à cette décision. Mais le tribunat n'adopta pas l'opinion de la majorité des membres du conseil d'État, et, réformant la rédaction qui lui avait été communiquée, en proposa une nouvelle, qui est devenue depuis lors l'article 921, sauf quelques légers changements. Le tribunat appuyait sa décision sur un double motif : 1° L'action en réduction, disait-il, est un droit purement personnel ; il est réclamé par l'individu abstraction faite de la qualité d'héritier qu'il

peut prendre ou non : s'il en était autrement, il arriverait souvent que l'action en réduction serait illusoire; 2° d'ailleurs, il est indifférent pour les créanciers du défunt postérieurs à la donation, que l'enfant exerce ou non son droit, puisque, s'il ne l'exerce pas, les créanciers n'en retireront aucun avantage.

Ce dernier motif n'était autre que celui qu'avait développé le conseiller d'État Treilhard. Il fut reproduit avec une nouvelle force par le conseiller Tronchet qui établit que la réduction n'était qu'une faculté relative et personnelle, et que d'ailleurs, au titre des successions, on avait décidé que le rapport profitait aux héritiers seulement et non aux créanciers. Le premier motif du tribunat était écarté : car le conseiller Tronchet avait déclaré dans une précédente séance (celle du 12 ventôse an XI) que les rédacteurs, au nombre desquels il était, avaient considéré que la réduction est une faveur accordée *aux seuls héritiers*. Ce qui prouve d'ailleurs que les motifs seuls du conseiller Tronchet furent adoptés, c'est l'exposé qu'en fit au tribunat le conseiller Bigot de Préameneu, qui parle toujours du réservataire comme étant héritier, et qui, pour exclure les créanciers n'invoque que cette considération que s'ils pouvaient prendre les biens rentrés par l'action en réduction des donations antérieures à leur créance, autant vaudrait leur donner l'action directe, ce que la loi leur refuse avec raison.

De cet exposé de l'origine de l'article 921 nous ne pourrions peut-être pas conclure que le légitimaire doit être nécessairement héritier, si nous n'avions pas d'autres arguments et d'autres articles, notamment l'article 930 qui, parlant de ceux qui ont le droit d'intenter l'action en réduction, les appelle *les héritiers*. Mais on ne peut non plus en tirer aucune conclusion contre la qualité d'héritier, nécessaire pour intenter l'action en réduction. Restent donc les principes de l'ancienne jurisprudence incontestés sur ce point, et ceux que nous avons tirés de nos lois nouvelles. Toutefois nous n'avons parlé jusqu'ici que des biens exstants dans la succession, dont les réservataires sont saisis de plein droit, 1004, 1011, et qu'ils ne peuvent prendre qu'en qualité d'héritiers. En est-il de même des biens donnés, et par quelle action les réservataires peuvent-ils obtenir le complément

de leur légitime, si les biens exstants sont insuffisants, contre les détenteurs de ces biens?

Ces détenteurs peuvent être des étrangers donataires ou des successibles, et ceux-ci peuvent être à leur tour des héritiers, acceptant la succession, ou des non-héritiers, des renonçants. Mais avant de parler de chacun d'eux en particulier, il me paraît utile de dire quelques mots du système de succession et de la faculté de disposer établis par le Code.

Les principes du Code, en matière de succession, ne sont autres que ceux de la loi de nivôse an II. Nulle distinction des biens d'après leur nature ou leur origine (732), succession des enfants par portions égales (745), par suite rapport de tous biens donnés de la part des héritiers (843); mais le Code permet, contrairement à la loi de nivôse, de dispenser du rapport, à condition que le don ou le legs aura été fait expressément par préciput et hors part, ou avec dispense du rapport (843, 919). Tout avantage indirect est soumis au rapport (853, 854). Il faut, lorsque le père veut déroger à l'égalité, qu'il ait le courage de le déclarer hautement, afin, d'une part, qu'il soit retenu par cette obligation, s'il n'a pas de justes motifs d'avantager l'un de ses enfants au préjudice des autres, et, d'autre part, afin qu'il ne soit pas en butte aux manœuvres captatoires, si faciles à dissimuler sous la forme d'un acte à titre onéreux, et toujours plus faciles à accomplir quand elles ne procurent qu'un avantage caché ou indirect.

Dans un cas cependant, le législateur déclare imputable sur la portion disponible, et dispense du rapport, la valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe (918). Ces formes d'aliénation sont évidemment les plus accessibles à la fraude; comment donc se fait-il que, par un privilége spécial, le législateur y ait attaché la dispense, surtout au préjudice des successibles en ligne directe? Entendu en ce sens, l'article serait inexplicable.

Lors de la discussion au conseil d'État, le conseiller Bigot de Préameneu déclara que cet article tendait à enlever au père un des moyens d'éluder les prohibitions de la loi : prohibition d'outre-passer la quotité disponible, prohibition de donner in-

directement cette quotité. L'aliénation est considérée comme sincère jusqu'à concurrence de la quotité disponible; aussi sa valeur sera-t-elle imputée sur cette quotité, sans égard, comme le déclare formellement le tribun Jaubert dans son rapport sur notre article, *aux prestations servies*. L'acquéreur, prouvât-il que la rente a été servie régulièrement, n'en serait pas moins traité comme un donataire, dispensé du rapport, il est vrai, dans de certaines limites, mais obligé de rapporter le surplus, nonobstant la sincérité de son acquisition. Il perdra donc, et c'est une peine pour l'acquéreur, mais aussi pour celui qui aliène, car il est privé de la libre disposition de la quotité disponible. Cette peine se conçoit très-bien dans ce cas, à cause de la forme frauduleuse du contrat; parce que le contrat peut être sincère dans le principe, et les prestations n'être pas régulièrement exigées, et aussi parce que le non-payement est très-difficile à prouver.

Ce qui prouve d'ailleurs de la manière la plus concluante que l'aliénation est réputée sincère, c'est que *l'imputation et le rapport ne peuvent être demandés par ceux des successibles en ligne directe qui auraient consenti à ces aliénations*; car, si l'on supposait qu'il y a avantage, même par préciput, il en résulterait que les successibles pourraient renoncer, avant l'ouverture de la succession, à la faculté de demander même le rapport, et, par suite, à la succession et à leur légitime, contrairement aux articles 791 et 1130; d'où je conclus encore que, pour le cas où il y aurait réellement avantage, c'est à-dire donation indirecte, il ne faudrait pas appliquer les dispositions de l'article 918, mais bien celles de l'article 843, et pour cela admettre les héritiers à la preuve de la simulation. L'origine de cet article, tiré de la loi de nivôse an II, confirme d'ailleurs toutes nos conclusions [1].

L'imputation sur la quotité disponible, dans ces sortes d'aliénations, était une heureuse combinaison : car elle empêchait l'acquéreur de perdre, le contrat étant sincère, n'y ayant perte que

[1] *V.* l'article 26 de cette loi, en ayant soin de distinguer, avec l'article, les acquisitions faites antérieurement à cette loi, et celles faites postérieurement, et surtout de ne pas oublier que la loi de nivôse proscrivait toute donation à un successible.

lorsque la valeur des biens excéderait la quotité disponible, et elle dispensait les héritiers d'une preuve difficile, qui, n'étant pas apportée, classait les aliénations en dehors des biens compris dans la computation de la réserve, laissait au père la libre disposition d'une quotité disponible déjà épuisée, et fraudait ainsi les réservataires. La faveur de ces derniers a dû dicter cet article.

Ce qui explique d'ailleurs la disposition exceptionnelle de l'art. 918, c'est que toutes les aliénations dont il y est question sont des contrats aléatoires, et que le constituant n'y reçoit pas en réalité l'équivalent de ce qu'il donne, à cause des chances de mort. L'aliénation avec réserve d'usufruit est par la même raison assimilée à ces sortes de contrats. Mais ce qu'il y a de remarquable, c'est que l'on n'impute pas seulement la valeur de la nue propriété, mais bien celle de la *pleine propriété;* et comme il en est de même pour le cas de rente viagère ou de fonds perdu, il faut en conclure, ce que nous avons déjà fait, qu'on ne tient aucun compte à l'acquéreur des prestations par lui payées; ce qui n'eût pas eu lieu certainement, si l'on n'eût eu d'autre but que de dispenser du rapport.

Comment concevoir dès lors la prétendue faveur accordée par la loi aux acquéreurs frauduleux, ou donataires indirects, sous forme de semblables contrats, qu'on a cru découvrir dans l'article 918 ? faveur contraire aux principes généraux de la matière et aux dispositions de l'article 918 lui-même. Mais comment concevoir surtout qu'on ait voulu tirer de cet article un argument d'analogie en faveur de toutes les donations déguisées ? Il est vrai que, dans le système de ceux qui ne voyaient qu'une dispense de rapport, il eût été difficile de concevoir la préférence accordée à des contrats aleatoires sur des contrats à titre onéreux. Toutefois, l'argument *à contrario* devait ici prévaloir, et non l'argument d'analogie, parce que l'article 918 consacre une exception aux principes généraux des articles 843 et 919, et que les exceptions doivent être restreintes aux cas spécialement prévus.

On a fait valoir aussi un autre argument à peu près de même force pour prouver que la dispense de rapport résulte de la disposition faite par personnes interposées (847, 848, 849, combinés avec 911 et 1100). D'abord le législateur ne répute personnes in-

terposées les père et mère, les descendants et les époux qu'autant qu'il y a incapacité, 911, 1100; alors, en effet, il est à craindre que le donateur ne prenne cette voie détournée si facile, et par cela même si probable, pour arriver, en fraude de la loi, jusqu'à l'incapable. Mais lorsque le donateur ou testateur peut donner directement à son successible par préciput et hors part, pourquoi irait-il s'adresser à un tiers pour que celui-ci transmît au successible, surtout quand ce tiers est un père, un fils, un époux? Pour établir une présomption, il faut une base, un motif, un intérêt, et ici il n'y en aurait pas.

Si donc le législateur ne soumet pas le père au rapport pour les dons ou legs faits à son fils, et le fils pour ceux faits à son père, l'époux pour ceux faits à son épouse, et *vice versâ*, lorsque le donataire n'est pas le successible, c'est parce que celui qui les a reçus est réputé le véritable donataire. Alors en effet que par la représentation le donataire est identifié avec le successible, il y a lieu au rapport.

On se demandera peut-être à quoi bon les articles 847, 848 et 849, et pourquoi surtout se servir de cette expression : *les dons et legs sont toujours réputés faits avec dispense du rapport*, puisqu'il n'y a pas lieu au rapport? Le Code civil abroge dans ces articles les articles 306 et 308 de la coutume de Paris, et 307, 308 de celle d'Orléans, qui soumettaient au rapport les dons faits aux pères et aux enfants des héritiers, et réputaient de telles personnes interposées, parce que ces coutumes ne permettaient point de donner ou de leguer par préciput, soit directement, soit indirectement, à un héritier, en vertu de cette règle fameuse, *nul ne peut être héritier et légataire* (ou donataire) *d'un défunt ensemble.* La règle ayant disparu de notre legislation moderne, les conséquences durent disparaître avec elle; et c'est en y faisant allusion que le législateur s'est servi, dans les articles déjà cités, de termes qui ne sont pas rigoureusement exacts.

Ainsi, ni les donations déguisées ni les donations indirectes ne sont dispensées du rapport; il faut pour qu'elles le soient une dispense expresse [1].

[1] Trois systèmes existent sur cette question : le *premier* déclare nulles les donations déguisées, et, par suite, n'admet pas la dispense du rapport; le *second*

Néanmoins l'héritier peut se dispenser lui-même du rapport, quoique le don ne lui ait pas été fait par préciput, en renonçant à la succession. C'est là une disposition empruntée à l'ancien droit, et contraire à la loi du 17 nivôse an II. Cette origine seule peut nous expliquer comment notre Code, si sévère pour la dispense du rapport émanée du donateur ou du testateur, l'a néanmoins fait résulter d'une simple renonciation. Il n'a d'ailleurs établi et voulu établir que l'égalité entre les héritiers du donateur ou testateur, se bornant à fixer une limite au delà de laquelle aucune dispense expresse ou tacite ne peut avoir lieu.

Les biens sont divisés, comme nous l'avons dit, en deux parts, l'une indisponible, l'autre disponible. Cette dernière seule est fixée directement et eu égard au nombre et à la qualité des héritiers. S'il y a des enfants, elle est de la moitié, du tiers ou du quart; s'il n'y a que des ascendants dans les deux lignes, elle est de la moitié, dans une seule ligne, du quart. Pour déterminer la valeur de cette quotité, on réunit aux biens exstants les biens donnés entre vifs, *et on calcule quelle est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il* (le défunt) *laisse, la quotité dont il a pu disposer* (art. 922). Cet article suppose que les réservataires sont héritiers, et il ne compte que les héritiers pour faire nombre. Les renonçants qui sont censés n'avoir jamais été héritiers (785) ne doivent donc pas être comptés. Il en était autrement dans l'ancienne jurisprudence, lorsque le donataire avait reçu quelque chose, parce que, la part donnée s'imputant sur la légitime, il fallait bien tenir compte de ce qu'il en retenait. Pour tirer argument des anciens principes en cette matière, il faudrait les adopter tous, et déclarer notamment que l'imputation du don doit être faite non sur la quotité disponible mais sur la réserve.

Toutefois l'arrêt Laroque de Mons, si fortement motivé sur tous les autres points, veut que le renonçant fasse nombre, quoiqu'il ne lui permette pas de retenir autre chose que la quotité disponible ordinaire. Nous n'hésitons pas à nous ranger à l'opinion de

les répute valables, et du déguisement fait résulter la dispense; le *troisième*, celui que la cour de cassation a adopté dans les derniers arrêts de 1841 et 1843, permet de les considérer comme emportant ou n'emportant pas dispense du rapport, selon les circonstances, ce qui réduit la question à examiner en fait quelle est l'intention du donateur.

la cour de cassation formulée dans cet arrêt justement célèbre, en ce qui concerne le droit de rétention du renonçant (845).

Si l'on remonte en effet aux principes de la quotité disponible et de la réserve, on trouve que le donateur ou testateur peut disposer de la première en faveur d'un étranger ou d'un successible; qu'il peut même dispenser ce dernier du rapport, et, par suite, le faire considérer comme donataire étranger, mais seulement jusqu'à concurrence de cette quotité; qu'il ne peut point accorder cette dispense sur la réserve (844 et 919). Si l'héritier réservataire renonce, il pourra se dispenser du rapport, parce que sa renonciation le fait étranger, et que l'étranger n'y est pas soumis; mais, en se constituant étranger, il ne sera pas plus favorisé que l'étranger lui-même, il ne pourra retenir le don ou réclamer le legs à lui fait que *jusqu'à concurrence de la quotité disponible.* S'il pouvait retenir plus, il en résulterait que la dispense tacite, qu'il faut nécessairement supposer de la part du père s'il ne soumet pas la donation à la condition expresse du rapport, aurait plus de force que la dispense formellement exprimée par la clause de préciput et hors part.

Il en était ainsi dans l'ancienne jurisprudence, mais par des motifs qui n'existent plus aujourd'hui. Le don en avancement d'hoirie et le rapport avaient été introduits en faveur des émancipés, qui devaient pouvoir renoncer à ce bénéfice; la renonciation était d'ailleurs le seul moyen d'accorder au père la libre disposition d'une partie de son patrimoine en faveur de l'un de ses enfants, puisqu'il ne le pouvait pas directement. Aujourd'hui, au contraire, le rapport est forcé; il est établi non dans l'intérêt de celui qui le fait, mais dans l'intérêt de ses cohéritiers; et le père peut, s'il le veut, dispenser directement du rapport.

Il suffit d'ailleurs de lire sans préjugé les dispositions des articles 843, 844, 845, 919, pour reconnaître qu'il y a parfaite concordance entre elles. Nonobstant les différences radicales qui séparent le nouveau système de l'ancien, on a cependant expliqué une disposition particulière du premier, l'article 845, non par l'esprit général de la loi, mais par une disposition détachée du second, sans s'inquiéter si cet isolement n'enlevait pas à chacune d'elles sa raison d'être. On a donc transplanté dans notre

Code, au lieu et place de l'article 845, l'article 307 de la coutume de Paris. Les mots si clairs de l'article *jusqu'à concurrence de la portion disponible*, embarrassaient, il est vrai, dans ce système; aussi imagina-t-on une distinction entre la quotité disponible absolue de l'article 913, et la quotité relative comprenant, outre la portion absolue, la part que le donataire aurait eue dans la réserve, et, dès lors, on put dire, avec la coutume de Paris, qu'il suffisait que la légitime *fût réservée aux autres.*

La réponse à cet argument n'était pas difficile, le mot *quotité disponible* employé dans l'article 844 qui précède immédiatement l'article 845, celui de *portion disponible* et de *quotité disponible* dans les articles 866, 918, 919, tous relatifs au cas où le successible est en même temps donataire, n'ont jamais signifié autre chose que la portion disponible ou la quotité disponible ordinaire, comme dans les articles 917, 921, 922, 926, 928, 1013. Pourquoi donc faire une distinction arbitraire entre l'article 845 et les autres? au moins faudrait-il entendre le mot *portion disponible* dans le sens de portion relative, toutes les fois qu'il s'agit d'un réservataire, et dès lors accorder au père la faculté de dispenser directement du rapport et pour la portion ordinaire de l'article 913 et pour la part dans la réserve! Mais une telle interprétation est en opposition formelle avec les articles 844, 866, 919 et 924, qui distinguent dans la donation faite au successible la portion disponible de celle soumise au rapport, excédant de la première. Or, si la *portion disponible* eût compris la quotité disponible absolue, plus la portion de réserve, l'excédant n'eût pas été soumis au rapport nécessaire, mais à la réduction, comme l'excédant de toutes les donations préciputaires ou faites à des étrangers (920). D'ailleurs l'article 922 dit bien qu'il faut avoir égard, pour calculer la légitime, à *la qualité des héritiers;* mais il ne dit pas qu'il faille avoir égard à celle des donataires qui sont, par suite, tous mis sur un pied d'égalité, étrangers ou successibles peu importe.

Mais, outre cette règle d'interprétation : *incivile est, nisi totâ lege perspectâ, unâ aliquâ particulâ ejus propositâ, respondere vel judicare*, de tout temps admise, et celle de l'article 1161 que l'on viole évidemment dans l'étrange interprétation que l'on

donne de l'article 845; outre les dispositions de l'article 922, on peut trouver un argument plus concluant encore dans l'article 845 lui même.

Le législateur, dans tous les articles relatifs à la dispense du rapport, assimile toujours les légataires aux donataires : ainsi il exige qu'elle soit expresse pour les uns comme pour les autres (843); ainsi encore il permet aux légataires de réclamer le legs par préciput et de venir à la succession pour leur part héréditaire, comme il permet aux donataires de retenir le don (844). Enfin il accorde au légataire la faculté de réclamer le legs à lui fait, comme il accorde au donataire la faculté de retenir le don, tout en renonçant à la succession, et pour l'un et pour l'autre jusqu'à concurrence de la *quotité disponible*. Il n'en était pas ainsi dans l'ancienne jurisprudence, qui permettait bien au donataire de retenir le don, même en renonçant, jusqu'à concurrence de la quotité disponible et de sa part dans la légitime, la légitime des autres étant seule réservée, mais qui n'accordait au légataire renonçant que le droit de réclamer la quotité disponible. En effet, par sa renonciation, le légataire devenait étranger, il ne pouvait réclamer que la portion disponible à l'égard d'un étranger; pour prendre sa légitime il lui fallait intenter une action qui supposait la qualité d'héritier. Le donataire était saisi des biens donnés *proprio titulo* et les légitimaires ne pouvaient se plaindre pourvu qu'ils eussent leur légitime. Mais s'il n'y avait que legs, les héritiers légitimaires étaient saisis de la totalité de la succession; le légataire devait leur demander la délivrance, et comme il ne pouvait invoquer que son titre de légataire et qu'il n'agissait qu'en cette qualité, ayant renoncé, il n'obtenait que la quotité disponible, soit la moitié des biens d'après l'article 298 de la coutume de Paris.

Si l'on interprète l'article 845 en ce sens que la portion disponible comprend, outre la quotité absolue, la part de réserve, il s'ensuivra donc que le légataire, ayant renoncé, pourra réclamer par voie d'action sa part de réserve sans être héritier; ce qui est contraire à tous les anciens principes et n'est appuyé sur aucun principe nouveau (V. *infrà*, sur l'article 924). On ne peut donc raisonnablement soutenir que le légataire jouisse dans notre

Code de la même faveur dont le donataire jouissait dans notre ancien droit; mais, puisque la portion disponible est la même pour les deux, il faut admettre que c'est le donataire qui est assimilé au légataire avec les droits qu'avait accordés à ce dernier l'ancienne jurisprudence sur la quotité disponible absolue seulement. Ainsi se trouve justifiée cette assimilation du donataire et du légataire dans les articles 843, 844, 845, assimilation que beaucoup ont critiquée sans la comprendre.

L'article 845 ayant résisté par ses termes mêmes à cette interprétation, on a cherché la solution qu'on ne pouvait en obtenir dans l'article 924, dont il faut bien aussi nous occuper. Cet article, avec celui qui le précède, formaient l'article 34 de l'ordonnance de 1731 [1]. Le législateur d'alors prévoyait le cas où, les biens exstants et les biens légués ne suffisant pas pour parfaire la légitime, il fallait recourir à la réduction des donations, et disait qu'il fallait remonter des dernières aux premières. Supposant que plusieurs des donataires seraient du nombre des enfants du donateur, il décidait qu'ils pourraient retenir les biens à eux donnés jusqu'à concurrence de la valeur de leur légitime, l'excédant seul devant être soumis à la réduction. En d'autres termes, si, forcés de recourir à la réduction, les légitimaires trouvent parmi les donataires des légitimaires comme eux, ils ne pourront faire réduire ces donations, en suivant l'ordre de leurs dates, qu'autant que ces donations excéderont la légitime des donataires; s'il n'y a pas excès, les légitimaires qui intentent l'action en réduction devront laisser les légitimaires donataires en possession de leur légitime et s'adresser aux donataires antérieurs. On avait eu égard, en décidant ainsi, à la position des légitimaires ayant reçu en don leur légitime; car, s'ils en étaient privés

[1] Ordonnance de 1731, article 34 : « Si les biens que le donateur aura laissés en mourant sans en avoir disposé, ou sans l'avoir fait autrement que par des dispositions de dernière volonté, ne suffisent pas pour fournir la légitime des enfants, eu égard à la totalité des donations entre-vifs par lui faites, et de ceux qui n'y sont pas renfermés, ladite légitime sera prise premièrement sur la dernière donation, et subsidiairement sur les autres, en remontant des dernières aux premières; et en cas qu'un ou plusieurs des donataires soient du nombre des enfants du donateur qui auraient eu droit de demander leur légitime sans la donation qui leur a été faite, ils retiendront les biens à eux donnés jusqu'à concurrence de la valeur de leur légitime, et ils ne seront tenus de la légitime des autres que pour l'excédant. »

par la réduction, ils avaient le droit à leur tour de demander leur légitime contre les donataires antérieurs ; on avait voulu éviter un circuit d'actions, pas davantage. Mais ces légitimaires sont-ils héritiers ou non ? ont-ils accepté la succession de leur auteur ou bien y ont-ils renoncé? L'article 34 dit seulement, en parlant d'eux : *qui auraient eu droit de demander leur légitime sans la donation qui leur a été faite;* d'où l'on ne peut rien conclure, sinon que la donation exclut leur demande vis-à-vis des héritiers et vis-à-vis des autres donataires. S'ils sont héritiers ou non, l'article ne s'en occupe pas. Cette question était en dehors, et pouvait recevoir une solution différente dans les pays de droit écrit et dans ceux de coutume. Dans les premiers, en effet, avait lieu l'institution d'héritier, et l'article 52 de l'ordonnance de 1735 n'avait pas encore prescrit de laisser la légitime à titre d'institution; l'article 34 s'y applique évidemment, si l'on suppose un étranger institué. Dans les seconds, où l'institution n'était pas en vigueur, si le légitimaire renonçait, des coutumes lui permettaient de retenir la légitime, d'autres ne le lui permettaient pas, et, dans les deux systèmes, l'article était applicable, parce qu'il ne s'agissait pas de savoir si la donation serait rapportable, mais seulement si elle serait réductible, la question du rapport pouvant être différemment résolue. Il en était de même s'il acceptait.

Il est si vrai que la faculté de renoncer et de retenir n'est pas traitée dans cet article, qu'aucun des auteurs qui ont précédé le Code civil, Pothier notamment, ne s'appuie sur lui pour l'accorder au légitimaire donataire ; on s'appuie toujours sur les coutumes et sur la jurisprudence. Il faudrait, autrement, prétendre que l'article 34 a abrogé toutes les coutumes qui soumettaient au rapport même le renonçant, ce qui est insoutenable!

Les articles 923 et 924 ne sont, comme nous l'avons dit, que la reproduction de l'article 34. Dans les uns comme dans l'autre, il n'est donc question que de réduction. Elle s'opère sur les legs et puis sur les donations, en remontant des dernières aux premières. Si parmi les donataires se trouve un successible, il pourra retenir sa part de réserve, et l'excédant seul sera soumis à la réduction s'il y a un excédant, sinon on passera au donataire antérieur; s'il a moins que sa part de réserve, il la retiendra, sauf

son recours pour le surplus. Réduite à ces termes, la disposition de l'article 924, dans sa rédaction primitive, ne résolvait pas plus que celle de l'article 34, la question de savoir si le réservataire peut retenir sa réserve malgré sa renonciation; mais on a beaucoup argumenté de ces mots : *il pourra retenir, sur les biens donnés, la valeur de la portion qui lui appartiendrait, comme héritier, dans les biens non disponibles*. Que signifient, dit-on, ces mots : *qui lui appartiendrait comme héritier*, sinon que le réservataire a renoncé, qu'il n'est plus héritier?

Je constate d'abord que de cette interprétation il résulte que le réservataire ne peut réclamer sa légitime, s'il n'en est déjà en possession, qu'en qualité d'héritier, *qui lui appartiendrait comme héritier;* et je conclus contre l'interprétation qui permettrait au légataire de réclamer la réserve, outre la quotité disponible absolue, en renonçant à la succession. De plus, le législateur parle de la part qui appartiendrait au légataire comme héritier dans les biens *non disponibles*, ce qui prouve que la réserve forme une masse à diviser entre tous les réservataires héritiers.

Mais si, pour comprendre cet article on le rapproche de l'article 34 de l'ordonnance, les mots *qui lui appartiendrait comme héritier* veulent dire : qui lui appartiendrait en sa qualité actuelle d'héritier, et ne signifient pas *s'il était*, mais bien *parce qu'il est*. Les derniers mots, *s'ils sont de la même nature*, ajoutés par le Tribunat à la rédaction primitive, ne permettent pas d'interpréter autrement : en effet, si les biens ne sont pas de même nature, il ne peut les retenir, il doit les rapporter; donc il n'est pas renonçant, mais *héritier acceptant*, le rapport ne pouvant avoir lieu que de la part de celui-ci. Toutefois, pour que la phrase soit régulière, il faut sous-entendre après ces mots : *qui lui appartiendrait comme héritier dans les biens non disponibles*, ces expressions de l'ordonnance, *sauf la donation qui lui a été faite*. Concluons de ce qui précède que l'article ne résout pas la question de savoir si le renonçant peut retenir sa part dans la réserve, que tel du moins n'était pas son but direct, s'en rapportant à ce qui avait été décidé dans l'article 845; mais que le Tribunat, par l'addition des mots : *s'ils sont de la même nature*, addition basée sur la nécessité de mettre en harmonie l'article 924 avec les lois du rapport,

a rendu impossible l'explication qui suppose l'héritier renonçant. Remarquons d'ailleurs que, dans une interprétation aussi bien que dans l'autre, les mots *comme héritier* sont synonymes de *comme réservataire*, le législateur ne séparant jamais dans sa pensée ces deux qualités.

Nous devons ajouter aussi que, en attribuant à l'enfant renonçant la quotité disponible absolue et la réserve, on arrive à un résultat injuste, contraire à l'égalité prescrite impérieusement par notre Code, et à laquelle on ne permet qu'une dérogation formelle. On comprendrait plutôt l'application de l'article 845 aux seuls donataires par préciput ; mais l'article 845 ne distingue pas, et de plus il indique par ces mots : l'héritier qui renonce à la succession *peut cependant*, qu'il déroge à l'article 843, en ce que le donataire peut retenir quoiqu'il n'y ait pas dispense expresse.

Cette faculté de renoncer et de retenir s'explique : 1° parce que l'héritier *venant à la succession* est seul soumis au rapport 843, 919 ; 2° parce que le donateur est censé, lorsqu'il a fait la donation, connaissant les dispositions de la loi, avoir permis à l'héritier donataire d'user de la faculté de renoncer ; s'il ne le voulait pas, il devait inscrire une clause expresse qui l'eût obligé au rapport, comme le décidait Dumoulin, dont la distinction revient ici, avec toutes les conséquences qu'il attribuait à la donation en avancement d'hoirie tacite, et avec clause expresse. Le rapport n'est d'ailleurs exigé que pour qu'il y ait égalité dans le cas où le père n'a pas disposé par préciput ; or, dans le système de la loi de germinal an VIII, la quotité disponible ne pouvait jamais excéder une part d'enfant, et c'est en présence de cette disposition que l'article 845 a été adopté : donc l'égalité n'était pas blessée, même en faveur du renonçant. Plus tard, le système a été changé, et il en est résulté que, s'il y a plus de trois enfants, la quotité disponible étant toujours du quart, le renonçant aura une part plus forte que chacun des enfants acceptants ; cette conséquence peut paraître injuste, mais elle est nécessaire et résulte de l'assimilation du renonçant à l'étranger. L'étranger peut avoir plus que les réservataires, le renonçant doit avoir plus aussi.

Le renonçant ne peut retenir que la quotité disponible, et il ne peut faire nombre pour la computation de la légitime. Ce serait chose bizarre en effet que de le déclarer étranger d'une part et de le compter comme héritier de l'autre. Quel motif invoque-t-on pour le compter? Les décisions de l'ancienne jurisprudence sont ici inapplicables, nous l'avons montré; mais, on dit que les biens étant divisés en deux masses, l'une disponible, l'autre indisponible, et cette dernière n'étant autre que la succession *ab intestat*, il faut lui en appliquer les règles et décider, par suite, que la part du réservataire renonçant comme celle de l'héritier accroît à ses coréservataires acceptants ou cohéritiers (786). La nécessité de l'accroissement est incontestable toutes les fois qu'il s'agit d'une masse invariable de la succession, le tout dans la succession *ab intestat*, le quart dans la réserve s'il y a plus de trois enfants réservataires acceptants. Mais si la masse est variable selon le nombre des héritiers, il faudra régler cette masse avant de rien décider relativement au droit d'accroissement. Or, la renonciation d'un réservataire rétroagit jusqu'à l'ouverture de la succession, et comme c'est à ce moment que la réserve est fixée, il ne doit pas, il ne peut pas être compté, et cela en vertu du même principe qui produit l'accroissement dans la succession ordinaire. En effet, la part du renonçant accroit à ses cohéritiers, parce que si le renonçant n'eût pas existé au moment de l'ouverture de la succession, les cohéritiers auraient eu la totalité; la renonciation équivaut à la non-existence; de même si le renonçant est seul de son degré, il y a dévolution au degré subséquent. On ne peut évidemment faire le même raisonnement pour le cas de la réserve variable; comment dirait-on, en effet, que si le renonçant n'eût pas existé, les autres auraient eu sa part? et la renonciation pour ce cas comme pour l'autre est assimilée à la non-existence. Nous avons dit pourquoi il en était autrement dans l'ancienne jurisprudence; et qu'on ne pense pas que la différence provient de ce que la légitime était individuellement fixée pour chaque légitimaire dans la coutume de Paris, ce qui aurait empêché l'accroissement; car l'accroissement avait lieu quand la part retenue était moindre que la légitime. De plus le renonçant n'était pas

compté s'il n'avait reçu quelque chose, alors que la légitime formait une masse partageable entre tous les légitimaires, sous l'empire de la novelle 18, quand écrivait Dumoulin, qui veut d'autre part que le renonçant *aliquo accepto* soit compté. Que le renonçant ait reçu quelque chose ou qu'il n'ait rien reçu, il doit en être de même aujourd'hui, puisque dans l'un comme dans l'autre cas il reste étranger à la portion indisponible.

Le renonçant ne peut donc être compté que dans le système de ceux qui lui permettent de retenir sa réserve. Cependant, comme nous l'avons dit, l'arrêt Laroque de Mons, qui lui refuse avec raison ce droit, le compte pour faire nombre. Cette contradiction, qui avait échappé à bien des partisans du système de cette jurisprudence, ne pouvait échapper à la sagacité et à la rigoureuse logique des nouveaux interprètes du Code civil. Aussi a-t-elle été relevée avec force par un homme[1] dont l'autorité a beaucoup ajouté à la force de nos convictions nouvelles, beaucoup contribué même à les former, en nous faisant rejeter des opinions que nous avions puisées dans les traditions des provinces de droit écrit, traditions encore vivaces dans l'enseignement et dans la jurisprudence du Midi.

Je ne m'arrêterai pas plus longtemps à discuter la quotité de la légitime qui seule peut être donnée par préciput, réclamée ou retenue en renonçant, et qui est fixée eu égard au nombre seul des héritiers (les renonçants exclus). Tous les réservataires devant être héritiers, il en résulte que les ascendants autres que le père et la mère ne sont admis à la réserve comme à la succession, qu'autant qu'il n'y a pas de frères et sœurs ou leurs descendants, ou qu'autant qu'ils renoncent. Bizarrerie qui ne s'explique que par la transformation qu'a subie la première rédaction des articles 913 et suivants, qui accordait une réserve aux frères et sœurs comme aux ascendants.

Je passe à l'action qu'a le réservataire pour obtenir la légitime.

S'il y a des biens exstants dans la succession, il en est saisi (1004, 1011); si les biens exstants ne suffisent pas, il est saisi de même des biens qui doivent être rapportés, si les dona-

[1] *V.* l'article de M. Valette, dans le journal *le Droit* du 17 décembre 1845.

taires sont des cohéritiers; les fruits et les intérêts de la réserve lui sont dus du jour de l'ouverture de la succession (856). Mais si le donataire est un étranger ou un renonçant, le réservataire a seulement une action en réduction, c'est-à-dire que les donations qui excèdent la quotité disponible ne sont pas nulles de plein droit, et que le réservataire a droit aux fruits dès l'instant du décès du donateur pourvu qu'il intente son action dans l'an et jour de ce décès, sinon il n'a droit aux fruits que du jour de la demande en réduction (928). Le réservataire est assimilé dans ce cas au légataire universel (1005); or le légataire universel en concurrence avec un réservataire n'est pas saisi (1004). Faut-il donc décider que le réservataire ne l'est pas à l'encontre du donataire? Ou bien faut-il dire que, saisi au moment du décès, en vertu de l'article 724, le légitimaire a perdu la saisine de possession, bien entendu, par la possession paisible d'an et jour du donataire? Cette dernière explication est beaucoup plus conforme aux anciens principes, et peut se concilier même avec l'article 1005, qui n'est qu'une concession en faveur du légataire universel équivalente à l'ancienne saisine de l'héritier institué, dans les pays de droit écrit.

Le réservataire aura d'ailleurs une action en revendication contre le donataire et contre tous les tiers détenteurs des immeubles, son droit étant un droit réel; toutefois, il ne pourra intenter son action contre ces derniers, que discussion préalablement faite des biens du donataire (930). Comment expliquer cette restriction destructive de l'action reelle proprement dite? L'action en réduction doit être intentée contre le donataire lui-même, parce que le règlement de la quotité disponible et de la réserve doit avoir lieu avec lui; il y est nécessairement intéressé, mais on n'a pas voulu qu'il pût frauder ses sous-acquéreurs; on a voulu aussi éviter un circuit d'actions. D'autre part l'intérêt des réservataires est suffisamment protégé, puisqu'ils auront la valeur de l'immeuble au moment du décès ou l'immeuble lui-même. Le Code admet donc deux actions, l'une personnelle contre le donataire, l'action en réduction, l'autre réelle et subsidiaire, la revendication contre les tiers détenteurs.

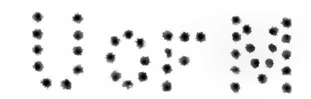
Après avoir ainsi établi ce que nous croyons être les vrais

principes du Code, en regard de ceux du droit ancien, nous ne tracerons pas l'historique des variations de la doctrine et de la jurisprudence sur la nature de la légitime ou réserve; nous ne ferons pas non plus la critique des opinions contraires à la nôtre, qu'elles soient adoptées par des auteurs ou consacrées par des arrêts.

Ce double travail a été déjà fait, mieux que nous ne pourrions le faire nous-même [1]. Il nous suffira de dire, pour remplir le but que nous nous sommes proposé dans cette étude historique, que les premiers commentateurs du Code civil, tels que MM. Chabot de l'Allier, Maleville, Grenier, Proudhon, Delvincourt, avaient appliqué, nonobstant la disposition de l'article 845, les anciens principes de la coutume de Paris, mais que, depuis lors, la doctrine est à peu près unanime pour repousser cette application. Quant à la jurisprudence, les cours royales du Midi avaient, ont même adopté de nos jours, le système ancien, et permis au renonçant de retenir tout à la fois la réserve et la quotité disponibles; celles du Nord, au contraire, paraissent s'en être tenues de préférence à la doctrine de l'arrêt Laroque de Mons, sans que notre observation ait d'ailleurs rien d'absolu pour les unes et pour les autres. Je me bornerai à citer cet arrêt, qui a fait événement dans la jurisprudence, et dont on consultera avec fruit les motifs, ainsi que le rapport qui l'a précédé. Il entraîna pendant quelque temps la jurisprudence et la doctrine. Mais dès 1829, et depuis, en 1834, la cour de cassation sembla revenir sinon sur les principes de l'arrêt de 1818, du moins sur ses conséquences.

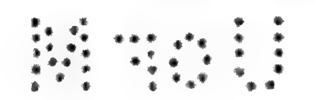
Il ne s'agissait pas, il est vrai, dans les arrêts de 1829 et de 1834, de savoir si le donataire renonçant pouvait cumuler la quotité disponible et la réserve, mais si, après avoir disposé en faveur de l'un de ses enfants, en avancement d'hoirie, et cet enfant ayant par sa renonciation absorbé la quotité disponible, le père avait pu disposer par préciput d'une partie de la quotité disponible en faveur d'un autre de ses enfants. En d'autres termes, il y avait lieu de décider si la part retenue par le renonçant serait

[1] *V.* l'article de M. Valette, déjà cité, dans le journal *le Droit.* *V.* aussi. dans la *Revue de droit français et étranger* (t. I, p. 109), un article de M. Lagrange sur le caractère de la *réserve légale.*



imputée sur la réserve ou sur la quotité disponible. Or il est évident que, d'après les principes de l'arrêt Laroque de Mons, qui considère le donataire renonçant comme étranger, en présence surtout de l'article 845, interprété comme l'avait fait la cour de cassation, la donation devait être imputée sur la quotité disponible. Lors donc qu'en 1829 et 1834 elle décida que cette imputation aurait lieu sur la réserve, ce qui était logiquement nécessaire pour permettre au second donataire de réclamer ou de retenir par préciput sa donation, quoique la quotité disponible eût été absorbée, elle revint sur sa première interprétation de l'article 845, et admit nécessairement cette autre, que les mots *portion disponible* comprennent tout à la fois la quotité disponible absolue et la réserve. Elle décida même, conformément à l'ancienne jurisprudence des pays de droit coutumier, que le don du renonçant doit s'imputer d'abord sur la *réserve*, et puis sur la *quotité disponible*. A tort ou à raison, le sachant ou non, elle dérogea donc à son ancienne jurisprudence, séduite par cette considération que si le don fait au renonçant n'était imputé que sur la quotité disponible, le donateur serait, contre sa volonté, privé de la disposition de cette quotité. Nous avons déjà répondu à cette considération en disant que le père, connaissant ou étant censé connaître la faculté de renoncer accordée au donataire par la loi, devait déclarer sa volonté par une clause expresse, comme le voulait Dumoulin, pour que le donataire en avancement d'hoirie fût obligé au rapport. A défaut de clause, il a consenti à toutes les conséquences de sa donation. Mais la cour de cassation, ayant fait un premier pas dans cette voie, et ayant sans doute toujours le même motif présent, ce que prouvent les articles 845 et 919, qu'elle invoque, et dont elle interprète sans doute les termes dans le sens de portion disponible et de quotité disponible relative, a craint de revenir sur ses pas et a préféré nier le principe posé en 1818 que de changer les conséquences qui en supposaient un autre.

Nous avons déjà dit, ou suffisamment fait entendre, que le nouveau système de la cour de cassation, adopté dans son arrêt du 17 mai 1843, nous paraissait contraire aux termes et à l'esprit de notre Code civil; mais nous n'avons pas cru devoir lui enle-



ver l'appui de deux arrêts précédents, parce que nous espérons qu'elle reviendra franchement aux principes de l'arrêt de 1818 (sauf en ce qui concerne le renonçant, qui ne doit pas faire nombre), et qu'elle ne sera pas arrêtée dans ce retour par le respect qu'elle croirait devoir à ses propres erreurs. Il y a danger, au contraire, à dire que les arrêts de 1829 et de 1834 ne sont pas contraires aux principes de celui de 1818, parce que la cour pourrait maintenir les uns et les autres, et se maintiendrait ainsi en flagrante contradiction avec elle-même.

Peut-être nos conclusions en faveur de l'arrêt de 1818 paraîtront-elles en contradiction avec nos prémisses historiques, ou plutôt nos lecteurs penseront-ils que nous eussions pu tirer meilleur parti de l'histoire en adoptant tout autre système que celui que nous avons adopté. Mais notre but, en commençant notre étude, n'a pas été de forcer le présent à se mettre d'accord avec le passé; en exposant le droit ancien aussi impartialement qu'il nous a été possible, nous avons voulu surtout réformer quelques notions erronées que plusieurs avaient mises en avant dans la question qui nous occupe, mais nous n'avons jamais entendu lui sacrifier le droit nouveau. Dût l'histoire du droit paraître moins utile, dût l'étude du droit ancien en souffrir, nous n'hésiterions pas entre ce qui est et ce qui fut. Une application inintelligente des décisions de l'ancienne jurisprudence, loin de servir d'ailleurs la cause de l'histoire du droit, la compromet. Admettre en effet les vrais principes de l'école historique, c'est vouloir reconnaître la marche de l'humanité, à travers les âges, par les progrès de la législation; faire rétrograder l'une ou l'autre, c'est les méconnaître ou les fausser.

C. GINOULHIAC.

De la permutation d'enseignement entre les professeurs des Facultés de droit.

Par M. ROUSTAIN, professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris.

Les fonctions publiques, même inamovibles, ne sont point une propriété : elles ne peuvent être l'objet d'un commerce, d'un échange proprement dit, et ceux qui en sont investis n'ont point le droit de les troquer les unes contre les autres, comme des objets de spéculation mercantile. Telle n'est pas non plus la pensée des partisans du système de permutation, autrement ils seraient à bon droit suspectés de tendances anarchiques. Mais autant la permutation est déraisonnable quand ce n'est qu'une convention entre particuliers, autant elle devient facile à justifier, en thèse générale, quand elle est revêtue de la sanction de l'autorité publique. Si deux fonctionnaires inamovibles, désirant échanger leurs fonctions respectives, donnaient tous deux leur démission, le ministre sous la dépendance duquel ils se trouvent aurait incontestablement le droit de les appeler à se remplacer réciproquement. Comment donc ne pourrait-il pas faire de suite, avec leur consentement, ce qu'il pourrait faire après leur démission?

On dira peut-être qu'un tel système tendrait à justifier les démissions conditionnelles, qui sont incompatibles avec une bonne administration. Il est vrai que les démissions conditionnelles méritent peu de faveur, et qu'elles ne doivent être admises qu'avec une extrême réserve, parce que, autrement, elles entraveraient l'autorité supérieure dans le choix des fonctionnaires ; mais ce serait une erreur que de voir une démission conditionnelle dans une demande tendant à un simple échange d'emplois. Le porteur d'une démission conditionnelle, donnée par un fonctionnaire inamovible, enchaîne la liberté de l'administration, puisque lui seul peut être appelé à remplir une vacance qui ne se forme qu'en sa faveur, et qu'un refus de la part de l'autorité supérieure, devant motiver le retrait de la démission offerte, aurait pour ré-

sultat de maintenir dans la hiérarchie administrative un homme qui ne remplirait plus ses fonctions qu'à regret; mais rien de semblable ne se rencontre dans le cas qui nous occupe. Les deux postulants ne veulent se retirer ni l'un ni l'autre de la carrière des emplois; ce qu'ils veulent, c'est un échange de leurs positions respectives, une cession réciproque de leurs fonctions. En supposant que leur demande ne soit pas accueillie, ils se trouveront dans la situation de ceux qui n'obtiennent pas l'avancement qu'ils sollicitent, mais ce ne sera pas une raison pour qu'ils cessent de remplir leurs devoirs avec la même exactitude. On ne peut donc les assimiler à ces fonctionnaires qui font en quelque sorte leur testament administratif, et qui, pour se survivre à eux-mêmes dans la personne de leur successeur, lèguent à un ami leurs propres fonctions. Ce serait donc tomber dans une singulière exagération que de confondre une demande tendant à un simple échangé d'emplois avec une démission conditionnelle.

Mais, dira-t-on encore, si les démissions conditionnelles doivent être repoussées, ce n'est pas seulement parce qu'elles forcent la main au ministre en le plaçant dans l'alternative de nommer le candidat désigné ou de maintenir en fonctions un administrateur blasé, qui, faute d'obtenir un successeur de son choix, s'obstinerait à ne point rentrer dans la vie privée; c'est aussi parce qu'elles couvrent quelquefois des marchés scandaleux et tendent ainsi à introduire la vénalité dans les charges publiques. Or, en admettant que la permutation de fonctions échappe au premier reproche, elle encourt évidemment le second, dont la gravité ne peut être contestée. Cette objection est sérieuse, mais il ne faut pas en exagérer la portée. Tout ce qu'il est permis d'en induire, c'est que, s'il doit être interdit à un fonctionnaire d'exploiter sa retraite au profit d'une personne étrangère à l'administration, il doit lui être interdit également de se dégrader en quelque sorte, en se résignant à remplir, moyennant une indemnité, pécuniaire ou autre, un poste inférieur à celui qu'il occupe; mais rien ne justifie de semblables appréhensions lorsque les deux fonctionnaires qui veulent échanger leurs positions respectives se trouvent, sous le double rapport de la hiérarchie et du traitement, dans une parfaite égalité de position. S'ils obtiennent

alors la faveur qu'ils sollicitent, l'administration ne pourra que gagner au changement qui se sera opéré dans son sein, car ils redoubleront sans doute l'un et l'autre de soins et d'activité, et chacun d'eux apportera dans ses nouvelles fonctions un talent éprouvé par l'expérience. C'est assez dire que la permutation, sanctionnée par l'autorité supérieure, entre deux fonctionnaires placés sur un pied d'égalité, est une des plus heureuses combinaisons qui puissent assurer la régularité des mouvements de la machine administrative.

L'utilité de cette mesure semble surtout évidente dans les fonctions de l'enseignement. C'est là, en effet, plus que partout ailleurs, que le désir du changement se concilie avec le zèle dans l'accomplissement des devoirs, et que l'abandon d'une position acquise ou la recherche de nouvelles attributions peut prendre sa source dans le dévouement désintéressé du fonctionnaire. S'il en est ainsi, rien ne paraît plus désirable que la permutation d'enseignement entre deux professeurs de droit. Mais il existe ici un obstacle qui ne se rencontre pas, du moins quant à présent, dans la plupart des fonctions publiques : c'est l'institution du concours. La loi organique des écoles de droit, en réservant les droits de l'État quant à la constitution de ces écoles, a voulu que le concours fût le mode de promotion aux chaires vacantes [1]. C'est une garantie d'indépendance en même temps que de savoir, dans une carrière où ces deux conditions sont éminemment précieuses. Il n'est donc pas étonnant que l'institution du concours pour les Facultés de droit ait résisté depuis près d'un demi-siècle aux orages qui ont emporté quelquefois la constitution elle-même; qu'elle soit restée debout tandis que les libertés publiques tombaient en poussière, et que loin de décroître elle ait grandi à l'ombre du despotisme de Napoléon [2]. Confirmée sous le régime impérial, elle ne peut être détruite ou rendue illusoire sous l'empire du gouvernement constitutionnel; et comme une transaction paraît impossible entre le principe du concours et celui de l'autorité, il semble permis d'en conclure qu'il y a dans

[1] Loi du 22 ventôse an XII, relative aux écoles de droit, art. 36 et 37.
[2] Décret du 17 mars 1808, portant organisation de l'Université, art. 7 et 52.

cet état de choses un obstacle insurmontable à toute permutation entre deux professeurs de droit.

Cependant, il faut l'avouer, ce serait là un fâcheux résultat. Défendre d'une manière absolue à deux professeurs de se remplacer réciproquement, ne serait-ce pas méconnaître les plus simples convenances? Une telle prohibition, outre qu'elle porterait l'empreinte d'une rigueur excessive, tendrait à relâcher des liens de confraternité que tout commande au contraire de resserrer davantage, et cette considération, qui suffirait à elle seule pour faire rejeter un système marqué au coin d'un étroit égoïsme, est fortifiée encore par des raisons décisives, puisées dans l'intérêt général. En effet, s'il est prouvé par l'expérience de tous les jours que l'esprit, fatigué par la monotonie d'une étude uniforme, se retrempe et se ranime en entrant dans une nouvelle série de travaux, il est impossible que cette vérité d'observation ne se trouve pas justifiée dans le cercle des études de droit. Sans doute le dévouement des professeurs lutte souvent avec énergie contre l'influence fâcheuse que peut exercer le retour périodique du même enseignement; mais il est combattu quelquefois par la puissance de l'habitude, qui fait trouver au professorat son *far niente* dans la reproduction perpétuelle des mêmes idées, avec les mêmes formes de langage. Dans ce conflit entre la passion de l'étude et la tendance au repos, l'intervention du pouvoir social est éminemment salutaire. Il faut que l'autorité publique vienne en aide aux efforts individuels, et que, tout en faisant la part du concours, par lequel doivent être remplis tous les vides qui se forment dans les Facultés de droit, elle accorde une satisfaction légitime au dévouement réciproque de leurs membres. Mais quelle doit être la mesure de cette concession? C'est là le problème que nous allons essayer de résoudre.

Lorsque, dans une Faculté de droit, un professeur est empêché, par une cause quelconque, de remplir ses fonctions, il a le droit de se faire remplacer par un suppléant, et il n'est pas douteux qu'il ne puisse profiter également de la bonne volonté d'un autre professeur pour être déchargé pendant quelque temps d'un fardeau qui est au-dessus de ses forces. Alors même qu'il ne rencontre pas dans l'exercice de ses fonctions un obstacle insurmon-

table, il suffit qu'il se trouve dans un embarras momentané pour qu'il soit encore autorisé à réclamer les bons offices d'un collègue, à la charge d'une juste réciprocité. C'est ainsi que deux professeurs échangent quelquefois leur tour d'examen, sans pour cela compromettre en rien les exigences du service. Pourquoi donc ne pourraient-ils pas échanger également leur enseignement? Ici la question devient plus délicate, parce que, si la communauté qui existe entre les diverses branches du droit a permis d'appeler indifféremment tous les membres de la même Faculté aux divers examens, chacun des professeurs a été investi d'une compétence toute spéciale pour l'enseignement qui lui est dévolu. Il y a donc dans la permutation d'enseignement un inconvénient qui ne se présente pas dans l'échange des fonctions d'examinateur; et il faut le reconnaître, cette permutation, quoiqu'elle puisse être légitimée par l'intérêt des études aussi bien que par les convenances du professorat, ne repose pas encore sur une base légale. C'est cette base qu'il convient de lui donner, avec une organisation appropriée au but qu'il s'agit d'atteindre.

Il est d'abord évident que la permutation d'enseignement ne peut être imposée; que le principe de l'inamovibilité résiste à tout changement qui ne serait point librement consenti, et que la volonté commune des deux professeurs est la condition *sine quâ non* de l'échange opéré entre leurs positions respectives. Il n'est pas moins évident que cette volonté commune est insuffisante, puisque, autrement, il dépendrait du caprice des titulaires de se soustraire aux obligations qui leur sont imposées. C'est en adoptant un terme moyen entre ces deux extrêmes qu'on organisera utilement la permutation d'enseignement, et qu'on réalisera une heureuse conciliation des droits de l'intelligence avec le respect des principes.

Cela posé, la première question à résoudre est celle de savoir si la permutation sera admise entre deux professeurs appartenant à des Facultés différentes, ou si elle ne pourra s'opérer qu'entre deux membres de la même Faculté. On ne voit pas d'abord d'où peut naître le doute, et la permutation paraît devoir être autorisée entre tous ceux qui professent la même science, sans aucune distinction d'origine. Qu'importe que les

copermutants sortent de telle ou telle école ? Pour que leur prétention soit pleinement justifiée, il suffit qu'en lui donnant satisfaction, on soit certain de surexciter leur zèle et d'imprimer aux études un nouveau mouvement. Il y a plus : la permutation de Faculté à Faculté offrirait ces avantages à un plus haut degré que celle qui serait restreinte dans l'intérieur d'une école, car elle transporterait successivement dans tous les centres d'études juridiques la diversité des enseignements et la variété des méthodes. Il semble donc que la permutation d'enseignement, déjà si digne d'intérêt lorsqu'on la suppose renfermée dans le cercle d'un même établissement scientifique, mérite encore plus de faveur lorsqu'elle reçoit son application dans deux écoles rivales. Toutefois, dans ce dernier cas, elle est sujette à une objection qui peut en contre-balancer les avantages. Cette objection est fondée sur les différences qui existent dans la position des professeurs des diverses Facultés. Sans doute la considération des professeurs est indépendante du nombre des élèves, et la Faculté de Strasbourg, qui ne compte pas cent étudiants, est l'égale de la Faculté de Paris, qui en compte plus de trois mille ; mais la rémunération du mérite est souvent calculée sur l'importance que peut avoir pour la société le service rendu, et il en résulte que les membres des Facultés où les élèves sont le moins nombreux, sont en même temps ceux qui reçoivent le traitement le plus modeste. Dès lors il ne serait point absolument impossible que la permutation, une fois admise de Faculté à Faculté, fût, quoique bien rarement, déterminée par des préoccupations complétement étrangères aux progrès des études, et que l'esprit de spéculation, venant à s'introduire dans le domaine scientifique, exposât quelque membre d'une Faculté favorisée à stipuler une indemnité pécuniaire comme condition de l'échange de sa chaire contre une position inférieure. On retomberait alors dans le principal inconvénient, précédemment signalé, du système des démissions conditionnelles, inconvénient auquel on n'échappe qu'autant que les fonctionnaires qui permutent ensemble sont sur un pied d'égalité. C'est là une considération de la plus haute gravité, qui est de nature à faire repousser la permutation d'enseignement entre deux professeurs

appartenant à des Facultés différentes. Entre professeurs de la même Faculté, au contraire, l'objection ne se présente pas, puisque pour tous, les émoluments sont les mêmes.

Cette première question résolue, il s'en présente une autre : la permutation doit-elle être provisoire ou définitive ? Pour ceux qui soutiennent énergiquement le principe du concours, il n'y a ici aucune difficulté sérieuse. Si la permutation était définitive, il s'ensuivrait qu'à la mort de l'un des copermutants, le concours s'ouvrirait, non pour la chaire qu'il avait obtenue, soit par suite d'un concours, soit par voie de nomination directe, mais pour celle qu'il occupait au moment de sa mort, en sorte qu'on frustrerait de leurs légitimes espérances tous ceux qui auraient fait des études spéciales sur l'objet de l'enseignement primitivement départi au professeur prédécédé. Qu'on ne dise pas que les droits de ces derniers seraient réservés pour l'époque de la mort du professeur survivant. Tout le monde sait que la carrière de l'enseignement n'est point également facile à fournir pour les personnes de tout âge, et que si, en principe, les vieillards peuvent y entrer comme les jeunes gens, ils n'ont point en réalité les mêmes chances de succès. Concluons qu'à moins de vouloir battre en brèche l'institution du concours, il ne faut donner à la permutation d'enseignement qu'un caractère provisoire.

S'il en est ainsi, dans quelles limites convient-il de la circonscrire ? Doit-elle être viagère ou bien doit-elle être restreinte dans un délai préfix? Le premier système présenterait les résultats les plus fâcheux dans l'application. L'un des deux professeurs venant à mourir, ce serait la chaire vacante, non en fait, mais en droit, c'est-à-dire la chaire abandonnée par le professeur prédécédé, qui serait mise au concours, en sorte que le professeur survivant, après de longues études, après des travaux consciencieux et approfondis sur la partie du droit qui était l'objet de ses prédilections, serait condamné à reprendre la chaire qu'il avait délaissée, sans doute, mais qu'il n'avait délaissée que dans un intérêt purement scientifique. Il y aurait dans cette solution une rigueur excessive qui troublerait la carrière du professeur, sans être justifiée au point de vue de l'utilité publique. Rien de semblable n'est à craindre dans l'hypothèse d'une permutation concédée pour

un temps limité, suffisant pour rompre la monotonie d'un enseignement périodique trop prolongé, insuffisant pour enchaîner le professeur à ses nouvelles études. Un laps de trois ans serait le terme le plus convenable, d'autant mieux que, dans l'organisation actuelle de l'enseignement, les cours qui ont la durée la plus longue ne s'étendent pas au delà d'une période triennale, et que si l'un des copermutants était professeur de Code civil, l'intérêt des élèves demanderait que le cours fût fini par celui qui l'aurait commencé, c'est-à-dire par l'autre copermutant.

Quant aux garanties à exiger pour empêcher que la religion du ministre ne fût surprise, il suffirait de décider que la permutation ne pourrait être autorisée qu'après que la Faculté et le conseil de l'Université auraient donné leur avis. Il serait impossible que le ministre ne trouvât pas dans le concours de ces deux corps les lumières nécessaires pour statuer en connaissance de cause.

Le laps de trois ans une fois expiré, les copermutants auront à examiner s'il leur convient de passer en quelque sorte un nouveau bail de leur chaire, ou s'ils préfèrent reprendre l'enseignement dont ils étaient précédemment chargés. La plus complète liberté devra leur être laissée à cet égard, afin que leur seconde détermination soit aussi indépendante que la première.

Alors même que les copermutants persisteraient l'un et l'autre dans les mêmes intentions, la Faculté pourra reconnaître que la permutation n'a point produit tout le bien qu'en espéraient ceux entre qui elle a été opérée, qu'elle a même exercé une influence défavorable sur les études, et, dans ce cas, il lui restera un pénible devoir à remplir en déclarant que l'autorisation ne doit pas être renouvelée.

Enfin, même en supposant que la Faculté reproduise le vœu précédemment formé, peut-être afin de ne pas prendre l'initiative d'une mesure pénible pour deux de ses membres, il appartiendra au ministre de l'instruction publique, le conseil de l'Université entendu, d'interposer son autorité dans l'intérêt de l'enseignement, et de rappeler les deux titulaires aux conditions normales de leur professorat, s'il lui paraît qu'il y ait inconvénient à s'en écarter. Si, au contraire, l'expérience a été favorable à la per-

mutation, elle pourra être recommencée, mais sans que ce renouvellement attribue autre chose que la jouissance provisoire de la chaire, et sans qu'il ait même pour effet de préjuger un renouvellement ultérieur.

Ainsi nous paraissent devoir se concilier les exigences légitimes des défenseurs du concours avec les vœux des hommes honorables qui désirent l'établissement d'un système de permutation sagement pondéré, et qui, dans l'expression de ce désir, ont en vue le perfectionnement des études bien plus que l'avancement des professeurs.

ROUSTAIN.

Code de commerce pour les États de S. M. le roi de Sardaigne, promulgué en français et en italien, le 30 décembre 1842.

Par M. TODROS, docteur en droit, à Paris.

Dans un précédent cahier [1], notre *Revue* a présenté l'analyse, due à la plume de M. Bergson, des deux premiers livres du Code de commerce sarde. Maintenant nous allons donner un compte rendu des deux autres livres, en mettant en regard leurs dispositions et celles du Code de commerce français, et en signalant les différences qui existent entre les deux législations. Par cette étude comparative, qui peut nous fournir des aperçus utiles, nous arriverons à mieux apprécier la valeur respective de chacune.

LIVRE III. – Des faillites.

Dans ce livre, le législateur sarde a pu suivre plus fidèlement son modèle; car cette partie du Code français, ayant été refondue il y a peu d'années, et ayant subi les réformes que l'expérience réclamait, laissait moins de prise aux innovations. Aussi devons-

[1] *V.* t. II, n° 5, mai 1843.

nous reconnaître, dès à présent, que le Code sarde ne diffère en général de notre Code que dans quelques détails.

L'article 471 du Code sarde n'est que la reproduction des articles 440, 451, 455, § 1, 462, § 1; mais il ajoute que le jugement fixera le lieu, le jour, l'heure, auxquels les créanciers se réuniront devant le juge-commissaire pour nommer les syndics définitifs, et que le jour fixé pour les réunions devra être pris dans les vingt jours qui suivront la date du jugement; tandis que, d'après l'article 462, § 2, du Code français, c'est le juge-commissaire qui convoquera les créanciers dans un délai qui n'excèdera pas quinze jours.

L'article 472 du Code sarde n'est que l'article 441, mais avec la proposition suivante, sous-entendue dans le Code français : « Après le décès du failli, la cessation de payements est réputée avoir eu lieu à partir du jour du décès. »

L'article 473 du Code sarde, après avoir dit (*V.* les articles 455 et 460 du Code français), que le tribunal pourra, en tout état de cause, décerner la prise de corps contre le failli, décide que cette disposition sera particulièrement applicable en cas de disparition du failli ou à défaut de présentation du bilan.

L'article 475 du Code sarde détermine, comme l'article 442 du Code français, les moyens de publicité à donner aux jugements, et, dans son dernier paragraphe, recommande à la vigilance du juge-commissaire les publications et insertions dont il s'agit, lesquelles doivent avoir lieu dans le plus bref délai, à la diligence du greffier.

Dans l'article 476 du Code sarde, nous trouvons une disposition qui n'existe pas en droit français, et qui a pour but de donner plus de publicité à ce changement d'état qui s'opère dans la personne du failli : « Les noms des faillis, y est-il dit, seront et demeureront inscrits, durant leur vie, sur un tableau qui restera affiché dans la salle du tribunal par qui la faillite a été déclarée, et dans les salles des bourses de commerce. »

Le § 3 défend au failli de se rendre adjudicataire de spectacles publics et d'en ouvrir pour son compte. Cette disposition est puisée dans le décret du 8 juin 1806.

L'article 480 du Code sarde, plus rigoureux que l'article 446

du Code français, déclare nulle toute inscription hypothécaire prise dans les dix jours qui précèdent la cessation de payements ; tandis que ce dernier article n'annule que les hypothèques conventionnelles ou judiciaires, etc., constituées sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées. Quant aux inscriptions, elles ne sont annulables en droit français que dans le cas où il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif et celle de l'inscription. C'est que les inscriptions qui sont prises dans les dix jours, et qui suivent immédiatement les actes constitutifs, ne doivent pas être plus suspectes que les aliénations à titre onéreux. Il est bon de faire remonter l'annulation des actes quelque temps avant la cessation de payements, afin de prévenir la fraude. Ce délai de dix jours est préférable à tout autre délai plus long [1] ; car, outre qu'il est entré dans les habitudes du commerce, il a l'avantage de ne pas jeter trop de perturbation chez les tiers qui ont contracté de bonne foi avec le failli.

L'article 496 du Code sarde prévoit le cas où les syndics ne peuvent point accepter cette qualité : « Ils devront déclarer leur refus au tribunal dans les vingt-quatre heures, à partir de la notification de leur nomination. » Pour être dispensés après leur entrée en fonctions, ils devront faire, à ces fins, leur déclaration au tribunal. Ils ne pourront cependant cesser leurs fonctions tant qu'ils n'auront pas été remplacés.

L'article 497 du Code sarde distingue entre le remplacement des syndics définitifs et celui des syndics provisoires. Dans le premier cas, le tribunal statuera à l'aide du procès-verbal de la réunion des créanciers ; dans le second, le tribunal y pourvoira sur le rapport du juge-commissaire seulement. La disposition de l'article 496 et la distinction de l'article 497 n'existent pas en droit français.

L'article 502 du Code sarde, qui correspond à l'article 469 du Code français, ne reproduit pas le § 1 de cet article, relativement à la faculté d'extraire des scellés les vêtements, hardes, etc., puisque, d'après l'article 489, ils ne doivent pas être compris.

[1] Le Code de commerce de Hollande fixe, dans ses articles 773, 774, 775, des délais de 60 ou de 40 jours, selon les cas.

L'article 506 du Code sarde, contenant la même disposition que l'article 472, ajoute : « La mise en liberté du failli ne pourra cependant avoir lieu si l'avocat fiscal, ensuite de la transmission qui lui sera faite de l'ordonnance du tribunal, requiert qu'il soit retenu dans l'intérêt de la justice. »

L'article 509, § 2, dit : « Le failli dont l'arrestation ou la garde a été ordonnée, et qui n'a pas obtenu de sauf-conduit, comparaît par un fondé de pouvoirs. »

Le même article, § 4, porte : « Si le failli se trouve détenu, le juge-commissaire pourra le faire traduire dans le lieu où doit se faire l'examen des livres. »

L'article 529 du Code sarde, qui prescrit, comme l'article 493, 2e partie, du Code français, que la vérification des créances soit faite par les syndics, en présence du juge-commissaire, veut, en outre, pour donner plus de garantie à la masse, que deux des plus forts créanciers assistent à la vérification des créances des syndics.

L'article 533, qui n'est, dans sa première partie, que l'article 497, § 2, du Code français, termine en laissant la faculté au créancier dont la créance a été vérifiée de l'affirmer après la huitaine. Tant qu'il n'aura pas satisfait à cette obligation, il n'aura d'autre droit que celui de prendre part aux distributions ultérieures, en conformité de l'article 540, paragraphe dernier. Par cette disposition, le Code sarde a tranché dans le sens de la cour royale de Paris, arrêt du 29 décembre 1830 (*V.* Dalloz, 31, 2, 34), une question fort controversée.

L'article 534 du Code sarde fait une distinction pour le cas où une créance est contestée. Si l'objet en litige n'excède pas 300 livres, c'est le juge-commissaire qui prononcera, sauf recours au tribunal, dans le cas où cette valeur serait au-dessus de 100 livres; si l'objet de la contestation excède 300 livres, le juge-commissaire pourra, comme le dit l'article 498 du Code français, renvoyer à bref délai devant le tribunal de commerce, qui jugera sur son rapport.

L'article 546 du Code sarde reproduit la disposition de l'article 509 du Code français, mais avec des modifications qui ont pour but de faciliter la formation du concordat. Ainsi, le § 2 dit

que, lors même que ni la majorité en nombre ni la majorité en sommes n'aurait pu se former, si un nombre considérable de créanciers donnait son adhésion à un concordat, le juge-commissaire pourrait renvoyer la délibération à une autre assemblée ; et il fixe un délai de quinze jours au lieu de huit.

Le § 4 donne aux créanciers la faculté de prendre connaissance, au greffe du tribunal de commerce, du procès-verbal de l'assemblée.

L'article 557, d'après lequel le failli qui n'est pas banqueroutier, et qui a obtenu un concordat, pourra reprendre la profession de négociant, sauf les cas indiqués, n'a pas d'équivalent dans le Code français.

L'article 559 du Code sarde n'est que l'article 520, § 2, du Code français, mais avec l'addition suivante : « La résolution du traité pourra être poursuivie par la majorité des créanciers, formée aux termes de l'article 544 du Code français. »

L'article 585 du Code sarde dit, comme l'article 543 du Code français, qu'il n'y a pas de recours, pour raison des dividendes payés, d'une masse (ajoutons, en général, d'un coobligé solidaire) contre une autre masse, nonobstant l'article 1303 du Code civil; et cela par la raison qu'on ne peut pas obliger la masse, qui a déjà payé en dividende, et qui est censée ainsi, par une fiction de la loi, s'être acquittée en totalité de la dette, on ne peut pas l'obliger, dis-je, à payer une seconde fois.

La seconde partie du § 1 du même article statue pour le cas où les coobligés ne sont pas garantis les uns envers les autres, ce que le Code français laisse dans le domaine de la doctrine. Remarquons en passant que dans le § 2, au lieu de dire que l'excédant appartiendra aux masses *suivant l'ordre des engagements*, il aurait été plus exact de dire : *suivant l'ordre et la nature des engagements;* car il y a des cas où on ne peut suivre l'ordre chronologique des engagements : par exemple, quand les coobligés sont associés entre eux, ou bien quand le dernier souscripteur est accepteur, auquel cas celui-ci étant obligé principalement, est tenu avec plus de rigueur; en sorte que la dévolution qui lui serait faite serait contraire à tous les principes de la garantie en matière de lettre de change (Bravard-Veyrières, brochure sur les faillites, page 135).

Dans le dernier paragraphe de l'article 586, dont la disposition principale est la même que celle de l'article 544 du Code français, le législateur sarde, trop préoccupé de l'antinomie apparente qui existe entre cet article et l'article 1303 du Code civil, ajoute : « Néanmoins le créancier conservera le droit de prélever, jusqu'à parfait payement, la part afférente au coobligé ou à la caution, etc., c'est-à-dire qu'il aura la préférence sur la caution pour ce qui lui reste dû. » Mais il a oublié que le créancier, en touchant le dividende, a reçu tout ce que cet actif lui devait. L'admettre à réclamer non-seulement ce qui lui était dû lors de l'ouverture de la faillite, mais ce qui était dû à la caution, ce serait dire, en d'autres termes, que l'actif du failli reste son débiteur de toute la somme, comme s'il n'y avait pas eu d'à-compte payé avant la faillite (Bravard-Veyrières, *ibid.*, p. 136).

La disposition de l'article 587 du Code sarde n'existe pas dans le Code français. Elle décide que la caution ou le coobligé qui a un droit d'hypothèque sur les biens du failli sera compris dans la masse pour le montant de la somme pour laquelle il a hypothèque, et que cette somme sera confondue avec celle que le créancier réclame dans la faillite ; ce n'est qu'une application de l'article 1257 du Code civil sarde.

L'article 613, § 3, dit que, si les sommes mises en réserve pour les créances non reconnues venaient à produire un intérêt, il appartiendra aux créanciers pour lesquels la réserve a été faite. Cependant cette consignation n'est pas un payement (*V.* Renouard, qui décide le contraire, *les Faillites*, t. II, page 310). Le § 4 du même article, qui veut que le dépôt soit fait à leurs risques et périls, est le corollaire du paragraphe précédent, et suppose la même translation de propriété.

L'article 616, § 2, dit que les créanciers hypothécaires ou privilégiés, dont la créance ne serait pas encore échue, ne pourront entamer une instance en expropriation.

L'article 617 porte que l'expropriation forcée par voie d'adjudication ne pourra être commencée ni continuée après la déclaration de faillite.

L'article 630 du Code sarde ajoute à l'article 584 du Code français cette disposition : « Cependant, s'il y a eu un concor-

dat dont l'homologation ait été obtenue, il n'y aura lieu à poursuite qu'à la réquisition du ministère public. »

Dans l'article 635 du Code sarde, remarquons qu'il est dit : *s'il y a eu plainte de la part des créanciers*, tandis que l'article 502, § 2, du Code français dit : *s'ils se sont rendus parties civiles*. Cela tient à ce qu'aujourd'hui, dans le droit français, ce n'est que quand on s'est porté partie civile qu'on est exposé à avoir les frais à sa charge; aussi le rédacteur du Code français ajoute-t-il d'une manière formelle que les frais demeureront à la charge des créanciers dont il s'agit, tandis que l'article 635 du Code sarde dit au contraire : « Les frais, en cas d'acquittement, *pourront être* déclarés à leur charge.

L'article 638 du Code sarde ne dit pas, comme l'article 595 du Code français, que les tribunaux *statueront d'office* sur la réintégration de tous biens frauduleusement soustraits.

L'article 654 du Code sarde, qui correspond à l'article 611 du Code français, ajoute : « Le nom de l'individu réhabilité sera rayé du tableau des faillis, prescrit à l'article 476. L'individu réhabilité pourra faire insérer dans la Gazette l'arrêt de sa réhabilitation. »

L'article 656 du Code sarde commence par reproduire la disposition de l'article 612, § 2, du Code français; puis il ajoute que le banqueroutier simple pourra être également réhabilité, s'il a été gracié par le roi.

Par cette courte analyse, où nous nous sommes attaché à relever les différences les plus saillantes et les plus dignes d'attention entre les deux Codes de commerce, en cherchant à nous en rendre compte, on voit que si, sur beaucoup de points de détail, le législateur sarde a apporté quelques modifications, il a été animé, dans l'ensemble, du même esprit et a adopté les principes mêmes qui ont présidé à la rédaction du Code français. Ainsi, il a tâché de donner plus de garanties et de sécurité aux intérêts qui se trouvent en présence (art. 529, 475); de rendre le contrôle de la justice plus efficace et son intervention plus directe (art. 630, 506, 473, 475); de donner au syndicat un caractère plus sérieux (art. 496, 497); d'établir l'égalité entre les créanciers (art. 533); de mettre plus d'unité dans l'administration

(art. 616, 617); d'introduire plus de célérité dans les formes et délais (art. 534, 546); d'accorder une protection plus tutélaire au failli honnête et de bonne foi (art. 557), et enfin de donner plus d'extension à l'institution toute morale de la réhabilitation (art. 656, 657).

LIVRE IV. — De la juridiction commerciale.

Titre Ier. — De la composition des tribunaux de commerce.

La matière des juridictions est d'ordre public; elle se rattache à la constitution politique d'un pays. Aussi des différences notables existent-elles entre les deux Codes que nous comparons en ce moment. Nous voyons tout d'abord, dans l'article 661 du Code sarde, que la nomination des juges consulaires est attribuée au roi, tandis qu'en France elle est laissée au mouvement libre de l'élection. L'article 663 dit « qu'il y aura près de chaque tribunal un jurisconsulte qui assistera aux audiences et au vote, en qualité de conseil. Ce jurisconsulte donnera son avis, verbalement ou par écrit, sur les points de droit que le tribunal lui soumettra; il pourra même, sans en être requis, le donner verbalement lors du vote. Il sera en outre chargé de prêter son assistance au tribunal pour la rédaction des jugements, et de seconder le président en ce qui concerne la surveillance du greffe. » L'institution de ces jurisconsultes n'existe pas en France, où la science du droit est plus répandue que dans les États sardes; mais il y a quelque chose d'analogue dans l'habitude qu'a le tribunal de commerce de s'attacher des avocats expérimentés, chargés de la solution des questions de droit les plus ardues.

Le Code sarde ne parle pas de gardes du commerce pour l'exécution des jugements emportant la contrainte par corps, tels que ceux qui sont institués à Paris.

L'article 665 du Code sarde ne se termine pas, comme l'article 629 du Code français, en disant que les formalités relatives au serment sont remplies sur les conclusions du ministère public, et sans frais.

L'article 667 du Code sarde dit, comme l'article 640 du Code

français, que les tribunaux civils, dans le ressort desquels n'auront pas été établis des tribunaux de commerce, en exerceront les fonctions, et connaîtront des matières attribuées à ces tribunaux. Il ajoute que l'instruction, en ce cas, aura lieu dans la même forme que devant les tribunaux de commerce, et que les jugements produiront les mêmes effets.

L'article 668 a pour but, comme l'article 663, de rendre plus sérieuse la décision. Les tribunaux de judicature-mage, dit-il, pourront appeler deux des commerçants notables de la ville, désignés conformément à l'article 669, et qui auront voix consultative.

L'article 669 attribue la désignation de ces commerçants à la grande-chancellerie, qui la fera sur une liste transmise par le juge-mage, et qui la renouvellera tous les deux ans. Le tableau des commerçants désignés restera affiché dans la salle des audiences du tribunal de judicature-mage, et chaque commerçant porté au tableau devra en recevoir avis.

Titre II. — De la compétence des tribunaux de commerce.

L'article 671 du Code sarde, après avoir dit, comme l'article 631 du Code français, que les tribunaux de commerce connaîtront des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes, ajoute : « à l'exception des matières qu'une loi spéciale aurait attribuées à une autre juridiction. »

L'article 672 du Code sarde énumère les actes de commerce réputés tels par la loi ; et, pour mieux en déterminer le caractère, après avoir indiqué dans le § 1 tout achat de denrées ou marchandises pour les revendre, etc., il ajoute : « Toutefois, l'achat de denrées et de marchandises qui aurait eu lieu principalement pour un usage domestique, et la revente qui en serait faite en nature, ne constituent pas un acte de commerce. »

Il résulte des termes du § 7 que les lettres de change, tirées par un non commerçant et sur un non commerçant, ne sont réputées actes de commerce que lorsqu'elles sont tirées des États du roi sur un lieu étranger, ou réciproquement. Les lettres tirées par un non commerçant ou sur un non commerçant dans les

États sardes, ne sont considérées que comme obligations privées (*V.* art. 122 C. sarde).

Comme on le voit, cette disposition est moins générale que l'article 632 du Code français, qui se termine ainsi : « Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers; — entre toutes personnes, les lettres de change, ou remises d'argent faites de place en place. »

L'article 675 du Code sarde, dans son deuxième alinéa, attribue expressément à la compétence des tribunaux de commerce, « les actions des capitaines de navire, facteurs, commis et autres agents subalternes des commerçants, lorsqu'elles sont intentées contre les armateurs et commerçants, et qu'elles n'ont pour objet que les opérations du trafic des armateurs et commerçants auxquels ils sont attachés. » Ce que l'article 634 du Code français sous-entend.

Mais ledit article 675 du Code sarde ne contient pas la disposition du § 2 de l'article 634 du Code français, qui déclare actes de commerce « les billets faits par les receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables des deniers publics. » (*V.* l'article 638, C. fr., *in fine.*)

L'article 678, qui reproduit le principe de l'article 636 du Code français, ajoute que, « s'il est prouvé par un autre moyen que par les lettres de change ou billets à ordre, que l'engagement a eu pour objet une opération de commerce, le tribunal de commerce connaîtra du différend, mais que toutes les exceptions qui pourraient être opposées à l'engagement, indépendamment de la lettre de change ou du billet à ordre, seront admissibles. »

L'article 680 du Code sarde, qui n'a pas d'équivalent dans le Code français, dit que, « lorsque l'acte n'est commercial que pour l'une des parties, celle qui aura fait acte de commerce pourra être citée, soit devant le tribunal de commerce, soit devant le tribunal civil. »

L'article 682, qui se trouve aussi sans équivalent dans notre législation, dit : « Les tribunaux de commerce connaîtront des contestations qui s'élèveront devant eux sur la qualité de commerçant, qu'auraient ou n'auraient pas les parties plaidantes,

ou sur le point de savoir s'il y a ou s'il n'y a pas société de commerce. »

Suivant l'article 683, qui ne se trouve pas non plus dans le Code français, « il appartiendra aux tribunaux de commerce d'autoriser les enchères volontaires pour la vente des marchandises et des navires ou bâtiments, en se conformant aux règlements. »

L'article 684 ajoute, *in fine* : « La renonciation à l'appel aura lieu de la manière déterminée par l'article 694 du présent livre. »

Titre III. — Des arbitres en matière de commerce.

Ce titre contient, sauf quelques modifications insignifiantes, la reproduction des dispositions contenues dans le livre 3, titre unique, de la deuxième partie du Code de procédure français.

L'article 694 du Code sarde dit, de plus que l'article 1005 du Code français, que la nomination se fait aussi *par un consentement donné en justice*. En outre, il n'admet la renonciation à l'appel qu'autant que le choix des arbitres est constaté par un acte notarié ou judiciaire, et que le nombre des arbitres n'est pas au-dessous de trois. Mais il laisse à l'interprétation le soin d'établir que le jugement arbitral sera définitif et sans appel lorsque l'arbitrage sera sur appel ou sur requête civile, disposition qui fait l'objet du deuxième alinéa de l'article 1010 du Code français.

Ce même article 694, dans ses deux derniers alinéas, exclut des fonctions d'arbitres, en matière de commerce, les faillis non réhabilités et les personnes non domiciliées dans les États du roi de Sardaigne.

L'article 695 indique les modes par lesquels le compromis prend fin. C'est d'abord le décès de l'une des parties, si parmi ses héritiers il y a un mineur. Dans le cas contraire, le délai pour instruire et juger est suspendu pendant celui pour faire inventaire et délibérer (art. 699 C. sarde), comme le veut l'article 1013 du Code de procédure français. Le compromis prend également fin, suivant l'article 695, par le décès, refus, déport ou empêchement de l'un des arbitres, si les parties ne procèdent d'un commun accord à la nomination du nouvel arbitre. L'article 1012

ajoute : *s'il n'y a clause qu'il sera passé outre.* Remarquons encore que, d'après l'article 1012, le partage des arbitres met fin au compromis, s'ils n'ont pas le pouvoir de prendre un tiers-arbitre.

L'article 697 du Code sarde, comme l'article 1014 du Code de procédure français, dit que les arbitres ne peuvent se déporter, si leurs opérations sont commencées, et que néanmoins ils peuvent être révoqués si, postérieurement au compromis, il est survenu des causes qui donneraient lieu à récusation. La révocation, dit le dernier alinéa de l'article 697, devra être proposée devant le tribunal de commerce, dans la huitaine après que ces causes sont survenues. Ce même article 697 admet en outre que les arbitres peuvent être révoqués du consentement unanime des parties.

Au lieu de prescrire le dépôt des défenses et pièces quinzaine au moins avant l'expiration du délai du compromis, comme le fait l'article 1016, dernier paragraphe, le Code sarde dit (art. 700, 701) que la partie qui est en retard de remettre ses pièces et ses mémoires est sommée de le faire dans les dix jours. Les arbitres peuvent, suivant l'exigence des cas, proroger le délai pour la production des pièces.

L'article 713 complète l'article 703 (*V.* art. 1009 C. fr.), en disant que les délais pour former opposition aux jugements des arbitres et pour en appeler, sont les mêmes que ceux d'opposition et d'appel concernant les jugements rendus par les tribunaux de commerce.

L'article 705 du Code sarde dit (ce qui est sous-entendu dans le Code français) que le jugement arbitral est rendu à la majorité des voix, et doit être motivé.

Dans le Code sarde, on ne retrouve pas la disposition de l'article 1025.

Le Code sarde ne reproduit pas la disposition de l'article 1021, ainsi conçue : « Les jugements arbitraux, même ceux préparatoires, ne pourront être exécutés qu'après l'ordonnance qui sera accordée, à cet effet, par le président du tribunal, au bas ou en marge de la minute, sans qu'il soit besoin d'en communiquer au ministère public; et sera ladite ordonnance expédiée ensuite de l'expédition de la décision. »

Il ne reproduit pas non plus l'article 1022, qui porte : « Les jugements arbitraux ne pourront, en aucun cas, être opposés à des tiers. »

L'article 712 du Code sarde correspond à l'article 1023 du Code français. Il ajoute : « Dans le cas où le jugement arbitral sera déclaré nul, le tribunal ou le sénat statuera en même temps sur le fond de la contestation ; s'il rejette la nullité, il ne pourra prendre connaissance du fond lorsque les parties auront renoncé à l'appel dans l'acte de nomination des arbitres. »

Titre IV. — De la forme de procéder dans les causes de commerce.

Après avoir, dans l'article 715, renvoyé, pour la forme de procéder, au Code de procédure civile, le législateur sarde dit, dans l'article 716, devant quel tribunal on peut assigner. Ce sera, comme dans l'article 420 du Code de procédure français, 1° devant le tribunal du domicile du défendeur, 2° devant celui dans le ressort duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, 3° devant celui dans le ressort duquel le payement devait être effectué. Ces deux derniers paragraphes ne sont pas applicables aux causes de la compétence des juges de semaine ou de mandement, à moins que le défendeur ne se trouve sur le lieu de la promesse et de la délivrance des marchandises, ou dans l'endroit désigné pour le payement.

Titre V. — De la contrainte par corps en matière de commerce.

L'article 717 du Code sarde commence par dire que la contrainte par corps en matière commerciale sera prononcée, en principe, contre tout commerçant condamné, pour dette commerciale, au payement d'une somme principale excédant 300 livres (*V.* l'article 2065 du Code civil français, et l'article 1er de la loi sur la contrainte par corps, du 17 avril 1832).

Elle sera prononcée aussi contre les non-commerçants, dans certains cas, auxquels se réfère l'article 718 du Code sarde (*V.* l'art. 637, C. fr.).

L'article 720 décide que la contrainte par corps ne pourra être

ordonnée pour l'exécution des jugements prononcés par des arbitres contre des personnes non commerçantes.

L'article 721 fixe la durée de la contrainte par corps pour dettes commerciales. Elle sera de six mois, un an, trois, quatre, cinq ans, selon que la dette n'excédera pas 1,000, 2,000, 4,000, 5,000 francs, ou dépassera cette dernière somme.

Enfin l'article 722 dit que, pour le surplus, les dispositions du titre 20, livre 3 du Code civil, *de la contrainte par corps*, sont applicables à la contrainte par corps en matière de commerce.

TODROS.

Loi organique du conseil d'État en Portugal.

§ 1er. Il y aura douze conseillers d'État effectifs, des conseillers extraordinaires dont le nombre pourra s'élever à douze, un secrétaire, et des auditeurs dont le nombre pourra s'élever à dix-huit.

Le prince royal, ainsi que les autres princes du sang, quoiqu'ils fassent partie du conseil d'État, aux termes de l'article 112 de la charte constitutionnelle de la monarchie, ne sont pas compris dans le nombre des conseillers mentionné ci-dessus.

§ 2. Les conditions requises pour être nommé conseiller d'État sont : 1° d'être âgé de trente-cinq ans accomplis; 2° d'avoir rempli avec distinction quelqu'un des hauts emplois de l'État.

Les étrangers, quoique naturalisés, ne peuvent être nommés conseillers d'État.

§ 3. Les conseillers d'État sont nommés à vie.

§ 4. Lorsque le conseil d'État exercera les fonctions qui lui sont assignées par la charte constitutionnelle de la monarchie, il sera présidé par le roi, et composé des douze conseillers effectifs et du secrétaire. Les ministres d'État effectifs pourront y venir pour proposer les affaires ressortissant de leurs départements; mais, à moins d'être eux-mêmes conseillers d'État, ils n'auront point le droit de voter.

§ 5. Pour pouvoir être auditeur, il faut : 1° avoir été reçu bachelier en droit par l'université de Coïmbre; avoir suivi tout le cours ordinaire d'une des écoles supérieures du royaume, ou avoir obtenu le grade de docteur à quelque université étrangère.

2° Avoir des témoignages de bonne conduite civile et de moralité, dans les formes prescrites par les lois.

§ 6. Toute personne, distinguée par ses connaissances et par la manière dont elle aura exercé des emplois publics, pourra être appelée par ordonnance royale à prendre part aux discussions du conseil d'État.

Sera excepté seulement le cas où le conseil fonctionnera comme corps politique, aux termes de l'article 110 de la charte constitutionnelle.

§ 7. Le traitement des conseillers d'État sera de deux contos de reis (12,500 fr.), lequel ne pourra être cumulé avec aucun autre traitement ou pension.

§ 8. Au cas d'empêchement d'un conseiller effectif, le roi nommera par ordonnance celui des conseillers extraordinaires qui devra le remplacer.

Le conseiller extraordinaire ne jouira d'un traitement qu'au cas où le service se prolongerait au delà d'un mois. En ce cas, il touchera la moitié du traitement accordé aux conseillers effectifs; pourvu cependant que, s'il reçoit d'autres traitements ou pensions, le total ne dépasse point deux contos de reis.

§ 9. Les auditeurs ne recevront pas de traitement; mais leur service leur assurera la préférence sur d'autres concurrents, qui, du reste, se trouveraient dans des conditions semblables, pour les emplois publics qu'ils pourront solliciter.

Le gouvernement fixera le temps pendant lequel les auditeurs devront rester en exercice, et le mode suivant lequel ils auront à s'acquitter de leurs emplois.

§ 10. Pour être nommés à l'emploi de secrétaire du conseil d'État, les candidats devront avoir fait preuve de la capacité nécessaire à ces fonctions. Le secrétaire aura le rang hiérarchique de conseiller du roi, et jouira d'un traitement d'un conto et deux cent mille reis (7,500 fr.), sans cumul d'aucun autre traitement ou pension.

§ 11. Outre les cas où le conseil d'État doit être entendu, d'après l'article 110 de la charte constitutionnelle, il devra être consulté sur les objets suivants : 1° sur les règlements nécessaires concernant l'administration publique; 2° sur les ordonnances royales destinées à servir de règlements dans l'administration publique; 3° sur toutes les autres affaires qui, d'après des dispositions législatives ou réglementaires, devront être soumises au conseil d'État.

Il est aussi tenu d'émettre un avis, toutes les fois qu'il lui sera demandé par le gouvernement : 1° sur les propositions de loi destinées à être présentées au corps législatif; 2° sur les règlements nécessaires pour l'exécution des lois; 3° sur toutes les affaires non comprises dans la première partie de cet article, toutes les fois qu'il en sera requis par le gouvernement.

§ 12. Le conseil d'État délibère et propose les ordonnances royales contenant des résolutions définitives : 1° sur les recours intervenus contre des décisions administratives dans les affaires du contentieux; 2° sur les conflits de juridiction et de compétence des autorités administratives entre elles ou avec les autorités judiciaires; 3° sur les recours intentés pour incompétence et excès de pouvoir de quelque autorité administrative; 4° sur toutes les affaires comprises dans le contentieux administratif, qui en général, d'après les lois ou les règlements, devront être portées par devant le conseil d'État.

§ 13. Le conseil fonctionnera en séance pleine et générale, par sections et en comités. Cependant dans la section du contentieux administratif, les parties devront être entendues contradictoirement; sauf le cas où il serait decidé à la pluralité des voix que la morale ou l'intérêt public s'y oppose.

§ 14. De quelque manière que le conseil d'État fonctionne, ses délibérations seront rédigées en forme de consultations, n'ayant force obligatoire que du moment et dans les cas où elles obtiendront l'approbation du gouvernement. Cependant la translation des juges de première instance, de même que la destitution des professeurs employés à l'enseignement supérieur, n'auront lieu, aux cas indiqués dans l'ordonnance du 1er août 1844, que sur une consultation affirmative du conseil d'État politique.

§ 15. Le gouvernement devra régler l'ordre de la procédure par devant le conseil d'État; il fixera le nombre de conseillers nécessaire pour l'ouverture des séances, ainsi que le nombre de voix qui doit constituer le vote de la majorité, la police des séances, l'organisation du secrétariat, le montant des émoluments qui seront perçus pour l'expédition des pièces, et la répartition que l'on doit faire de leur produit entre les employés dudit secrétariat; et enfin tout ce qu'il faudra pour l'entière organisation du conseil d'État.

§ 16. Le conseil d'État ne sera saisi des recours contre les décisions de la cour des comptes que pour incompétence, oubli des formes ou violation de lois; et c'est d'après cette disposition qu'on entendra l'article 20 de l'ordonnance du 18 septembre 1844.

§ 17. Le gouvernement donnera connaissance au corps législatif, dans la prochaine session, de l'usage qu'il aura fait de l'autorisation qui lui est accordée ici pour l'organisation du conseil d'État d'après les bases consignées dans cette loi.

Nous ajoutons ici quelques observations, qui nous ont été communiquées par l'éminent publiciste que nous comptons au nombre de nos collaborateurs, M. Pinheiro-Ferreira :

Plus d'une fois déjà on a pu remarquer, en comparant les travaux législatifs des deux parlements français et portugais, la double coïncidence de l'époque de la présentation et du principe fondamental de la loi.

Ce n'est pas qu'on se soit proposé en Portugal de suivre la marche et les traces de la France, dont on ne cite l'exemple que lorsque, faute de meilleure raison, on est forcé de recourir à ce lieu commun de l'école doctrinaire.

Quant au choix de l'époque, le besoin de compléter les institutions étant le même dans les deux pays, il est tout simple que les mêmes questions se présentent souvent en même temps chez les deux nations.

D'un autre côté, la charte portugaise étant en grande partie calquée sur celle de la France, et l'esprit d'absorption poussant partout les agents du pouvoir exécutif à empiéter sur les autres

pouvoirs, il n'est pas étonnant qu'à quelques insignifiantes différences près, les projets de loi présentés par chacun des gouvernements se trouvent d'accord quant à cette tendance qui perce dans presque tous leurs actes.

Cependant le point de vue sous lequel la question à résoudre devait être envisagée dans les deux pays n'était pas le même. En France, le parlement pouvait se borner à créer, ainsi qu'il l'a fait, une cour suprême de l'administration publique; tandis qu'en Portugal, outre la création de cet élément indispensable de l'organisation sociale, il fallait songer à donner une forme à une institution déjà créée par la charte du pays et dont on ne trouve pas la moindre trace dans la constitution politique de la France.

L'habile jurisconsulte rédacteur de la constitution du Brésil (sur laquelle la charte portugaise a été copiée, à quelques variations près), a cru nécessaire de créer, sous le nom de *conseil d'État*, un corps intermédiaire entre le monarque et le ministère, dont les membres sont nommés à vie par le monarque. Celui-ci est tenu de prendre l'avis de ce conseil sur toute affaire importante en général, et particulièrement sur quelques-unes nommément déterminées dans le texte même de la constitution : institution, au reste, que la conscience ou la politique des rois absolus avait conseillée; sauf à eux à l'employer ou à s'en passer, mais en disant toujours dans leurs ordonnances : *le conseil d'État entendu;* tellement ils étaient convaincus de la nécessité de quelque institution respectable qui offrît au peuple une garantie contre les actes arbitraires du gouvernement, et au monarque un moyen de s'éclairer et de se prémunir contre les manœuvres des agents du pouvoir.

Mais le gouvernement portugais, se prévalant de l'identité du nom *conseil d'État*, employé dans les deux pays, a fondu en un seul corps cette double nature de fonctions, et faussant l'esprit de la charte, a fait dépendre du ministère les avis des conseillers, dont la loi fondamentale avait entouré la couronne précisément pour servir de garantie contre les suggestions possibles du ministère. D'un autre côté, tout en revêtant cette cour suprême d'attributions judiciaires pour les causes administratives, avec juridic-

tion sur tous les agents du pouvoir, la nouvelle loi ôte aux décisions de la cour le caractère d'arrêts définitifs, en subordonnant leur effet à la volonté du gouvernement.

Il y a donc dans cette loi, accordée par une majorité complaisante aux injonctions d'un ministère ambitieux, deux graves abus du pouvoir législatif et un oubli du devoir imposé à tout parlement d'aviser à la réforme des défauts essentiels de la constitution de l'État.

On a commis un premier abus en réunissant dans la main d'un seul corps des fonctions incompatibles : celles de conseillers de la couronne contre les méfaits des agents du pouvoir, et celles d'agents subalternes dépendant de ce même pouvoir.

On a commis un autre abus non moins grave que le premier, en faisant dépendre les arrêts d'une cour évidemment judiciaire de la volonté des agents suprêmes du pouvoir exécutif.

La charte portugaise ayant créé une cour suprême de justice, *à l'instar* de la cour de cassation, rien n'était plus logique que de réserver à cette magistrature la connaissance de tous les conflits de juridiction. Mais les auteurs de la nouvelle loi, faute d'avoir des idées justes sur la nature du contentieux administratif, et pour en avoir de très-fausses sur le principe de l'indépendance des pouvoirs, crurent que le gouvernement, devant être considéré comme placé au haut de la pyramide hiérarchique des pouvoirs, toute question concernant l'administration devait être décidée en dernier ressort par le gouvernement. Ainsi c'est à la nouvelle cour suprême administrative, sauf le droit d'appel pour le gouvernement, que devront appartenir les conflits de juridiction des autorités administratives, soit entre elles, soit avec les autorités judiciaires !

On ne peut rien dire pour excuser de pareilles fautes commises par les législateurs portugais, sinon qu'ils subissent le sort ordinaire des jurisconsultes qui vivent sous des gouvernements aussi peu constitutionnels que le leur. Les uns ne peuvent savoir, plus que les autres, en quoi consiste le contentieux administratif. On ne peut contempler sans dépit la déplorable confusion, les contradictions, les soi-disant règles générales, suivies de nombreuses exceptions, dont se compose le tissu des écrits

de tous les jurisconsultes, sans en omettre un seul, qui ont entrepris de traiter ces matières. Aussi les orateurs qui ont pris la parole dans les chambres portugaises, lorsqu'on les serrait de près, ne sachant comment s'en tirer, se récriaient-ils sur l'autorité de la législation et des publicistes de la France. Ce n'est donc pas seulement en France que l'école des doctrinaires a établi son siége : n'existe-t-elle pas déjà, et depuis longtemps, dans la docte Allemagne sous le nom d'école historique? Heureusement l'erreur ne devient pas une vérité parce qu'elle est enseignée par des hommes très-savants et sanctionnée par les parlements les plus illustres. Le temps a déjà fait justice de bien des doctrines qui, pendant des siècles, jouirent au même titre des honneurs de vérités incontestées et incontestables.

PINHEIRO-FERREIRA.

CHRONIQUE.

Autriche. Le journal officiel de Vienne contient le texte d'un traité conclu entre S. M. Apostolique et le roi des Deux-Siciles, concernant l'extradition réciproque des criminels et des déserteurs. Aux termes de ce traité, il pourra y avoir extradition de tout individu ayant commis ce que le Code pénal d'Autriche qualifie crimes (*verbrechen*) et celui des Deux-Siciles *misfatto*. Il n'y aura pas lieu à extradition si le criminel, par sa naissance ou par la naturalisation, était sujet du pays au moment où il a été arrêté. Dans ce cas, il sera puni d'après les lois de son pays, et copie des pièces relatives à l'instruction sera communiquée aux autorités par voie diplomatique.

Bade (grand-duché). La nomination de M. Mittermaier à la place de président de la seconde chambre a été confirmée par un rescrit du grand-duc; les deux autres candidats à la présidence de la chambre étaient MM. d'Itzstein et Welcker.

Bavière. La session des États a été close le 24 mai par un message royal.

France. Le *Moniteur* du 17 mai contient le tableau des dernières promotions aux titres universitaires; celui du 27, le rapport annuel sur l'ensemble de l'administration de la justice criminelle en France pendant l'année 1844, et celui du 29, le compte général de la justice civile et commerciale pour la même année.

— La haute commission des études de droit a ouvert sa session le 23 mai, sous la présidence de M. le ministre de l'instruction publique. Presque tous les membres étaient présents. La haute commission siégera tous les jours jusqu'à la conclusion de ses travaux. M. le ministre a posé pour bases de la délibération les questions suivantes:

PREMIÈRE SÉRIE DE QUESTIONS.

1re *Question.* — Y a-t-il lieu de compléter, aux termes de la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), les cours de droit administratif ou même de droit des gens qui existent dans les Facultés, en instituant un enseignement régulier et complet du droit public et des sciences administratives?

2e. — Cet enseignement devra-t-il former un ordre de Facultés nouvelles, ou seulement une section plus ou moins séparée des Facultés de droit?

S'il forme un ordre de Facultés distinctes, faudra-t-il, pour en suivre les cours, prendre ou avoir pris des inscriptions dans les Facultés de droit? faudra-t-il avoir un grade ou se préparer à prendre des grades dans ces Facultés? Les deux licences seront-elles une condition l'une de l'autre? Les deux doctorats?

Dans le cas où cet enseignement formerait seulement une section des Facultés de droit, la section constituera-t-elle un cours d'études complètes et distinctes depuis la première inscription jusqu'à la dernière, ou bien, les premières inscriptions étant communes, par exemple, jusqu'à la seconde ou à la dernière année, la séparation ne s'établirait-elle qu'après le grade de licencié?..... qu'après la deuxième année?

Si les deux sections sont séparées dans tout leur cours, pourra-t-on suivre l'une sans suivre l'autre, ou bien faudra-t-il, dans tous les cas, prendre des inscriptions et des grades à la section de droit proprement dite, soit pour s'inscrire, soit seulement pour se présenter aux épreuves de la section de droit public ou des sciences administratives?

3e. — Dans les deux cas ou de Facultés distinctes ou de sections séparées, ce nouvel enseignement devrait-il être restreint à un ou plusieurs siéges de Facultés? Devrait-il s'étendre à tous les siéges de Facultés existantes?

4e. — S'il y a, soit plusieurs Facultés, soit plusieurs sections de droit public et des sciences administratives, l'enseignement dans les Facultés de province sera-t-il circonscrit à des matières spéciales? aura-t-il les mêmes développements qu'à Paris?

A Paris, quelles matières comprendra-t-il? formera-t-il un enseignement complet et modèle, qui embrasse tout l'enseignement historique et doctrinal nécessaire au magistrat, à l'administrateur, au diplomate, au consul, au gérant enfin, quel qu'il soit, des intérêts et des pouvoirs de la société?

Dans ce dernier cas, les élèves seront-ils libres de désigner les cours qu'ils compteront suivre, et sur lesquels porteront les épreuves?

Ne devront-ils pas toujours être astreints à suivre un certain nombre de cours, de telle sorte qu'en étant éprouvés sur les matières spéciales qui leur sont nécessaires, ils s'instruisent également de celles qui sont en quelque sorte contiguës?

5e. — Les professeurs, soit des sections, soit de la Faculté ou des Facultés de droit public et des sciences administratives, seront-ils constitués dans d'autres formes et à d'autres conditions que les professeurs de droit proprement dits?

Dans le cas de l'affirmative, en quoi consisteraient les différences d'organisation ou de régime?

6e. — Quelles sont les professions pour lesquelles les grades nouveaux seraient exigés? quels grades seraient exigés?

DEUXIÈME SÉRIE DE QUESTIONS.

7e. — Pour l'enseignement du droit proprement dit, y a-t-il lieu de coordonner cet enseignement de manière à ce qu'il soit le même dans toutes les Facultés?

Y a-t-il lieu, en admettant le même ordre de matières et les mêmes programmes, pour que les élèves puissent, quand cela est nécessaire, passer d'une Faculté à une autre, de développer et de compléter l'enseignement d'une façon particulière dans certaines Facultés, de telle sorte qu'il y aurait en réalité des Facultés de plusieurs classes?

Y a-t-il lieu d'instituer des écoles préparatoires de droit pour propager davantage et rendre plus accessibles les études pratiques du droit, dans l'intérêt des

professions et des charges ministérielles auxquelles ces études sont ou seraient nécessaires?

8ᵉ. — Y a-t-il lieu, au contraire, d'organiser l'enseignement des Facultés de manière à ce que les études pratiques propres aux professions et aux charges, fassent partie des cours de la première année, de telle sorte que chaque élève puisse se borner ou s'arrêter au point qui lui est personnellement nécessaire?

Ou bien ces études ne pourraient-elles pas former une annexe des Facultés, spéciale et distincte, de manière à ce que les jeunes gens qui se destinent à devenir des jurisconsultes reçoivent dès l'abord l'enseignement étendu et élevé qui est le caractère nécessaire d'études de droit bien faites?

9ᵉ. — A défaut d'écoles préparatoires, autorisera-t-on les villes à ouvrir des cours plus ou moins généraux et plus ou moins complets qui aient la même destination?

TROISIÈME SÉRIE DE QUESTIONS.

10ᵉ. — Quel sera l'ordre de l'enseignement dans les écoles de droit? Les études s'ouvriront-elles par une introduction générale et philosophique sur le droit et sur l'ensemble des matières qu'il comprend?

Les cours de cette nature seront-ils placés au commencement ou au sommet des études? Seront-ils également institués dans toutes les Facultés?

11ᵉ. — Quelles sont les matières nouvelles qui seront ajoutées à l'enseignement du droit pour l'élever et le compléter?

Quels sont, pour le rendre plus positif et plus pratique, les cours actuellement existants qui formeront un enseignement distinct?

12ᵉ. — Y aura-t-il un enseignement spécial et séparé pour le droit criminel? Les cours de droit criminel comprendront-ils l'instruction criminelle et le Code pénal? L'instruction criminelle et la procédure civile seront-elles séparées l'une de l'autre dans l'enseignement?

La division s'appliquera-t-elle immédiatement aux chaires existantes? Le droit criminel comparé sera-t-il maintenu là où il existe?

Sera-t-il établi ailleurs?

13ᵉ. — La répartition du droit romain sera-t-elle uniforme dans toutes les Facultés? Cet enseignement doit-il être maintenu tel qu'il est? doit-il être développé sur certains points, doit-il être réservé sur d'autres pour le doctorat?

14ᵉ. — Y a-t-il lieu d'introduire dans une ou plusieurs Facultés la connaissance du droit grec? Y a-t-il lieu d'introduire le droit germanique? le droit féodal? le droit coutumier? Ces cours seront-ils obligatoires pour le doctorat?

Ou bien ces enseignements, s'ils étaient établis, feraient-ils partie des sections ou Facultés de droit public et des sciences administratives, comme se rattachant à une histoire complète du droit, trop étendue pour les praticiens et même pour le grand nombre des jurisconsultes?

N'y aurait-il pas lieu de modifier les conditions du doctorat?

QUATRIÈME SÉRIE DE QUESTIONS.

15ᵉ. — Convient-il d'augmenter le nombre d'années des études de droit?

Convient-il d'avoir deux années au lieu d'une pour le certificat de capacité? si le certificat de capacité est maintenu, d'avoir quatre années pour la licence et une pour le doctorat, ou bien de conserver pour la licence trois années et d'ajouter au doctorat une seconde année?

16ᵉ. — Le certificat de capacité peut-il être remplacé par le baccalauréat en droit, de telle sorte que le baccalauréat ès lettres fût exigé de tous les étudiants en droit sans distinction?

Y a-t-il lieu, au contraire, de revenir sur les dispositions actuelles, qui ne permettent en aucun cas à l'étudiant inscrit pour le certificat de capacité de faire compter ses inscriptions pour la licence, lorsqu'il a obtenu le baccalauréat ès lettres dans l'intervalle?

17e. — Y a-t-il lieu de rendre obligatoire pour les étudiants en droit l'assiduité aux cours des Facultés des lettres? Cette mesure ne peut-elle être prise immédiatement par l'Université?

18e. — Le régime disciplinaire des écoles de droit est-il suffisant? est-il vicieux dans quelques parties? de quelles réformes est-il susceptible?

CINQUIÈME SÉRIE DE QUESTIONS.

19e. — Sera-t-il institué des agrégés près des Facultés de droit? Ces agrégés seront-ils revêtus de ce titre temporairement comme dans les Facultés de médecine, ou définitivement comme dans les autres Facultés?

20e. — Comment ces agrégés seront-ils nommés? le seront-ils exclusivement par voie de concours?

21e. — Les suppléants seront-ils maintenus? seront-ils pris uniquement parmi les agrégés? seront-ils désignés par la voie du concours? seront-ils nommés soit par la Faculté, soit par le ministre avec ou sans présentation de la Faculté?

22e. — Les professeurs seront-ils pris uniquement parmi les agrégés ou suppléants? Y aura-t-il d'autres catégories de candidats possibles? ou bien tous les docteurs seront-ils candidats de plein droit?

Dans ces diverses hypothèses, la nomination aura-t-elle toujours lieu au concours?

Le concours serait-il absolu? pourrait-il être tempéré, dans l'admission de la liste des concurrents, par une action, soit de la Faculté, soit d'un autre corps savant, soit du conseil royal de l'Université.

23e. — Pour les sections ou les Facultés de droit public et des sciences administratives, des garanties particulières ne seront-elles pas exigées pour le mode d'arriver au professorat?

24e. — Pourra-t-il être introduit un mode de mutation possible entre les professeurs des diverses Facultés? La Faculté de Paris pourra-t-elle se recruter en totalité ou en partie par voie d'avancement, des autres Facultés du royaume?

Les professeurs seront-ils tenus à faire plus d'heures de cours par semaine qu'aujourd'hui?

Les agrégés ou suppléants seront-ils tenus à faire des cours accessoires? seront-ils autorisés à faire des cours libres? seront-ils tenus de participer aux examens? y seront-ils autorisés?

25e. — Les professeurs pourront-ils rester avocats plaidants? pourront-ils rester avocats consultants?

26e. — Pourront-ils être admis à la retraite sans l'avoir demandée? quels seront les effets de la mise à la retraite? quels seront ses effets quant au traitement, quant aux examens?

27e. — Y a-t-il lieu de maintenir la distinction entre le traitement fixe et le traitement éventuel? Cette distinction étant maintenue, les proportions actuelles doivent-elles l'être?

28e. — Y a-t-il lieu de maintenir dans les Facultés un enseignement obligatoire et un enseignement facultatif?

Y a-t-il lieu d'autoriser la concurrence d'enseignement?

Y a-t-il lieu de mettre à la disposition du ministre une allocation annuelle destinée à rémunérer les cours accessoires qui seraient fournis dans chaque Faculté, soit par les professeurs titulaires, soit par les suppléants ou agrégés, indépendamment d'un enseignement obligatoire imposé à chacun d'eux.

29e. — La rentrée des Facultés doit-elle être uniforme dans tout le royaume? Doit-elle être fixée au même jour que celle des cours et tribunaux? serait-il opportun d'en changer l'époque?

30e. — Y a-t-il lieu, la loi devant s'abstenir de tout ce qui ne serait que purement réglementaire, d'arrêter dès à présent des statuts universitaires sur les matières qui seraient susceptibles d'être ainsi réglées, sans attendre la présentation de la nouvelle loi?

Étude historique et critique sur la séparation des patrimoines.

Par M. HUREAUX, juge au tribunal civil de Charleville.

SECOND ARTICLE [1].

§ 3. — Code civil.

26. Arrivons au Code civil. Qu'ont voulu les rédacteurs de ce Code? La discussion au conseil d'État est nulle : les orateurs du gouvernement ne nous apprennent rien ; et pourtant, s'il était une matière à éclairer, c'est assurément celle qui nous occupe. Mais enfin qu'ont-ils voulu? Ont-ils consacré le système de Paul et d'Ulpien? l'ont-ils consacré avec le tempérament de Papinien? Cela n'est pas vraisemblable ; ce système suppose trop de choses qui n'existent plus dans notre droit. Je pense donc que les auteurs du Code ont créé un système tout nouveau, en empruntant au régime hypothécaire la garantie due aux créanciers du défunt, et qu'ils ont été forcément conduits à une excellente idée par les erreurs de l'ancienne jurisprudence sur le bénéfice de séparation. Du reste, il ne sera pas toujours facile de démêler ce nouveau système ; nous aurons à signaler des rédactions souvent vicieuses, des pensées entortillées ; nous verrons les auteurs du Code tergiverser au Titre des successions, donner à penser qu'ils veulent le système ancien (*V*. art. 879), et cependant n'établir aucune modification au principe de la saisine, en enlevant à l'héritier la possession des biens héréditaires, lorsque la base fondamentale de ce système était l'absence de saisine. Ils sépareront les créanciers héréditaires des créanciers de l'héritier, et ils ne les sépareront pas de la personne de l'héritier. Ils copieront ainsi la fausse doctrine de Pothier, et l'erreur de ce jurisconsulte deviendra une erreur législative. Cela ne les empêchera pas de reproduire des textes de la théorie romaine, qui, séparés de l'idée mère, n'auront plus de

[1] *V*. ci-dessus, p. 417.

sens ; puis, après avoir paru consacrer dans ce Titre quelques fragments de l'élément romain, ils l'abandonneront au Titre des priviléges, en se jetant dans le système des coutumes qui déclaraient les créanciers de la succession hypothécaires sur les biens du défunt. Alors, dans tout cela il y aura pour l'interprétation un gras pâturage; toutes les doctrines pourront s'y engraisser. En effet, pour peu que cela dure, on verra autant de systèmes divers qu'il y a d'articles sur la matière. De quoi n'est-on pas capable pour tout expliquer? combien de distinctions et de sous-distinctions! Concilier les éléments qui appartiennent à deux origines différentes sera le but des jurisconsultes; on ira même jusqu'à scinder l'élément moderne lui-même (art. 2111 et 2113) pour rapprocher les textes anciens des textes nouveaux. Enfin, des jurisconsultes d'un mérite incontestable et assurément incontesté verront sous l'empire du Code, et d'autres, entraînés par l'autorité qui s'attache aux noms des premiers, verront également, par suite de ce malheureux besoin de tout concilier, des droits de préférence sans droits réels qui les précèdent. Ces deux idées, droit de préférence sur le prix et droit de suite, ne seront plus corrélatives, quand pourtant le droit de préférence ne peut être de sa nature que le report sur le prix du droit réel, du droit dans la chose. On divisera ce qui est indivisible, pour concilier les textes en dépit des textes eux-mêmes. Puis la jurisprudence, aussi peu dogmatique que la doctrine qui la prépare, ne se rattachera à aucune base fondamentale, elle n'osera aborder franchement le système radical du régime des priviléges. Déclarer les créanciers de la succession hypothécaires sur les biens du défunt par le seul fait du décès! quelle audace! Et pourtant le Code n'a pu faire autrement, sous peine de ne pas protéger les créanciers du défunt. Alors cette jurisprudence flottera longtemps indécise, on n'osera pas revenir au système de Paul et d'Ulpien, ni même au système mitigé de Papinien.

On se jettera dans le vague en transigeant avec tous les systèmes : on aura anéanti le bénéfice de séparation et on voudra à toute force le conserver. Dès lors surgiront des théories abstruses, qu'il sera bien difficile d'analyser, car elles ne seront pas analysables, et on finira par le chaos. Espérons toutefois que la

cour suprême, qui a mission de mettre l'unité dans la législation, verra le mal d'un point de vue élevé, qu'elle méprisera les arguties, et qu'enfin elle reconnaîtra que les auteurs du Code, dès qu'ils ont, malgré le bénéfice de séparation qui n'est plus qu'un vain mot dans leur ouvrage, conservé les effets de la saisine, n'ont dû et pu assurer le sort des créanciers de la succession qu'au moyen du régime hypothécaire appliqué dans toute son étendue. De cette manière elle viendra utilement au secours des créanciers de la succession, et elle corrigera en même temps ce qu'il y a de mauvais dans la division des dettes tout en conservant ce qu'il y a de bon dans ce principe; tandis que, si elle persiste dans la voie qu'elle semble, d'après quelques précédents, vouloir prendre, elle acquerra un jour la conviction tardive que, tout en voulant protéger les créanciers du défunt, elle aura pourtant livré leur sort au caprice ou à la mauvaise foi de l'héritier, c'est-à-dire qu'elle n'aura, en réalité, protégé personne.

27. Et qu'on ne dise pas que je tombe dans l'exagération. Un coup d'œil critique sur tous les différents systèmes qui se sont fait jour jusqu'à présent, démontrera bientôt que je suis encore resté au-dessous de la vérité. Mais avant d'arriver à la doctrine généralement suivie, examinons d'abord si le système des Romains, j'entends celui de Paul et d'Ulpien, sans le tempérament de Papinien, ne pourrait pas se soutenir au point de vue de l'interprétation du Code civil.

28. Au milieu de la multitude des doctrines diverses qui se croisent sur le bénéfice de séparation, il est vraiment extraordinaire qu'aucun commentateur moderne n'ait cherché à faire revivre la théorie romaine dans toute sa pureté. Il n'est venu à la pensée de personne que la séparation des patrimoines dût se traduire par cette idée bien simple, que les créanciers de la succession, en demandant la division du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier, repoussent la personne de cet héritier; que, par conséquent, ils renoncent à faire valoir leurs droits sur ses biens personnels, pour s'en tenir à la personne et aux biens du défunt. Cela vient de cette circonstance, que le titre *De separationibus*, aux Pandectes, paraît avoir été assez généralement peu compris par les interprètes. Cujas s'en plaignait

déjà de son temps : « Turpiter autem in ipso limine hujus legis » (L. 5, ff., *De separat.*) impingit Accursius, dùm creditores hæreditarios interpretatur esse creditores hæredis, quos accuratè » Paulus separat à creditoribus hæreditariis [1]. » (Cujas, *Quæst. Pauli*, édition Fabrot, t. II, posth., page 1160.)

Cela vient aussi de cette malheureuse habitude que nous avons en France d'accepter sans contrôle les idées de nos grands jurisconsultes et de nous traîner à la remorque des arrêts, au lieu de ne voir d'abord que les textes seuls, comme cela devrait être. Nos voisins d'outre-Rhin n'ont pas commis la faute de Lebrun et de Pothier, faute qui s'est encore accrue dans le système généralement suivi sous l'empire du Code. Loin d'étendre le tempérament de Papinien, en faisant dire à ce jurisconsulte ce qu'il n'avait pas voulu dire, ils l'ont rejeté de leur théorie, et cela avec raison (*V.* notamment Schneidt, *Jurisprudentia forensis*, § 2029 ; Marezoll, *Précis sur l'ensemble du droit romain*, § 194, traduction de M. Pellat ; Mulhenbruch, *Doctrina pandectarum*, §§ 701, 702). Le bénéfice de séparation doit en effet, comme le pensaient Paul, Ulpien, Cujas, Duaren, empêcher les créanciers de la succession d'exercer des droits de créance sur les biens de l'héritier. Puisqu'ils aiment mieux s'en tenir au patrimoine du défunt, qu'une fiction fait revivre dans le système de la séparation, ils ne doivent pas pouvoir venir enlever aux créanciers de l'héritier une fraction quelconque de leur gage. Ne répugne-t-il pas à la raison d'admettre les demandeurs en séparation tout à la fois comme créanciers du défunt qu'ils font revivre par leur demande, et comme créanciers de celui qui, par une conséquence forcée de la fiction, ne sera plus à leur égard, à partir du jugement de séparation, un véritable héritier? Comment comprendre un héritier en présence d'une fiction qui fait vivre le défunt?

Le système de Paul, d'Ulpien et de Cujas est donc très-raisonnable. Il a été embrassé par une foule de docteurs dont je pourrais ici déployer la liste, à la manière des Tiraqueau modernes, s'il ne fallait pas mépriser cette science facile qui consiste à en-

[1] Ces simples expressions, *si creditores hæreditarii* de la loi 5 précitée, glosées par Accurse *proprii creditores hæredis*, ont perdu tout le système (*V.* ci-après, n° 63).

tasser, comme le disait Hottoman, *des allégations et autorités chaffourées*. C'est le véritable système de la séparation des patrimoines : il ne peut pas y en avoir d'autres; mais la difficulté est de savoir s'il se soutient en présence du Code civil.

29. Examinons donc les textes avec une entière indépendance; isolons-nous surtout un instant des errements de Lebrun et de Pothier, et demandons-nous si nos législateurs n'ont pas remonté à la source en faisant abstraction de l'ancienne jurisprudence française. Je ne sache pas qu'aucun interprète du Code se soit posé cette question; et pourtant, je ne crains pas de le dire, si les articles **1017**, **2111**, **2113**, **2146**, n'avaient pas, dans ma manière de voir, organisé une théorie toute nouvelle, c'est à la doctrine de Paul, d'Ulpien et de Cujas qu'il faudrait encore donner la préférence, et cela sans sortir des bornes d'une saine interprétation. Ce système paraîtrait surtout devoir l'emporter sur les autres, que nous verrons bientôt, si l'on isolait le Titre des successions du Titre des priviléges; voici au surplus comment il faudrait raisonner.

Système n° 1er.

30. Les créanciers de la succession ont droit à une protection quelconque contre les conséquences de l'événement qui les prive de la personne de leur débiteur. Parmi les moyens inventés pour organiser cette protection, se trouve la séparation des patrimoines.

C'est en effet le premier expédient qui vient naturellement à la pensée. Qu'est-ce que la séparation des patrimoines?

C'est une opération par laquelle le patrimoine du défunt, qui se trouve confondu, par suite de la saisine, avec le patrimoine de l'héritier, sera séparé, divisé d'avec ce dernier patrimoine. La saisine confond les biens des deux patrimoines dans les mains de l'héritier; cette confusion est préjudiciable aux créanciers du défunt. Nous voulons protéger ces créanciers dont la position est favorable : eh bien! faisons cesser la confusion. Mais cette confusion est le résultat de la saisine : tant que la saisine existera, la confusion existera également. Modifions donc les conséquences de la saisine, ne fût-ce que pour un temps, et alors nous pourvoirons ainsi au sort des créanciers du défunt, en organisant une

théorie dans laquelle nous aurons deux masses distinctes de biens et deux débiteurs différents.

Aux créanciers du défunt appartiendra le patrimoine du défunt, aux créanciers de l'héritier appartiendra le patrimoine de l'héritier; il y a par conséquent dans un régime de cette nature deux classes de créanciers qui n'ont rien de commun entre elles. La séparation des patrimoines suppose donc, comme condition de son existence, la séparation des personnes. Encore une fois elle suppose deux débiteurs différents; mais si les personnes restent unies, si l'on conserve un lien quelconque entre les créanciers du défunt et la personne de l'héritier, cet héritier devient l'anneau d'une chaîne qui réunit les créanciers du défunt et les créanciers de l'héritier, et dès lors la séparation est perdue, la confusion n'a pas cessé. On pourra sans doute trouver un autre moyen de protection en se jetant dans le régime hypothécaire; mais ce nouveau moyen ne sera plus la véritable séparation des patrimoines.

J'insiste sur ce point parce que c'est là la base fondamentale de la séparation des patrimoines. Sans la séparation des créanciers du défunt de la personne de l'héritier, il n'y a pas de séparation des patrimoines possible. C'est parce que les jurisconsultes de l'ancienne jurisprudence ont voulu séparer les créanciers du défunt des créanciers de l'héritier sans les séparer de la personne de l'héritier, qu'ils ont perdu le bénéfice de séparation. Et pourtant ils avaient les textes de Paul et d'Ulpien, ceux de Papinien lui-même, ces grands maîtres en législation, qui le leur disaient dans les termes les plus clairs; mais il n'ont pas compris Papinien, et ce grand génie, sans s'en douter, a été la cause de la perte de la théorie romaine.

31. Veut-on un exemple de la nécessité qu'il y a pour les créanciers du défunt de se séparer de la personne de l'héritier, lorsqu'il s'agit d'établir le régime d'une véritable séparation des patrimoines?

Prenons l'espèce suivante, la plus simple de toutes. Je suis l'unique créancier du défunt; ma créance est importante, elle n'est pas exigible, elle ne repose pas même sur un titre exécutoire. Je n'en ai pas moins le droit de demander la séparation

des patrimoines. Ces expressions de l'article 878, *dans tous les cas*, rapprochées des textes anciens, prévoient évidemment cette circonstance. Après bien des recherches, je suis parvenu à savoir que l'héritier n'avait qu'un seul créancier ; mais comme je me défie de la personne de l'héritier dont l'administration n'est pas sage, j'ai le plus grand intérêt à faire séparer le patrimoine du défunt du patrimoine de cet héritier, afin d'assurer le payement de ma créance. Je suis en conséquence la marche tracée par l'article 878 du Code civil, qui me prescrit de demander la séparation contre le créancier de l'héritier. J'obtiens un jugement contre lui, et ce jugement me dit que je suis séparé de ce créancier.

Voyons les conséquences du jugement. Irai-je, muni de la grosse de la sentence, m'adresser à l'héritier et lui tenir ce langage : Je me suis séparé de votre créancier, suivant l'article 878 du Code civil ; vous allez me remettre le patrimoine du défunt, afin que je l'administre pour mon propre compte ou que je le fasse administrer par un séquestre jusqu'à la vente, que je poursuivrai plus tard pour me payer sur le prix, à l'exclusion de celui contre lequel j'ai obtenu la séparation des patrimoines? Est-ce que l'héritier ne me répondra pas avec raison : Je ne suis pas séparé de vous, je n'ai pas été partie au jugement de séparation ; ce que vous avez fait avec mon créancier ne me regarde pas. Vous me demandez la remise entre vos mains des biens du défunt, les voici : j'en suis propriétaire au moyen de la saisine ; faites saisir les biens du défunt si vous vous y croyez fondé. Je suis votre débiteur, je le reconnais ; mais, comme votre créance n'est pas échue, comme elle ne repose pas même sur un titre exécutoire, comme pour obtenir un titre exécutoire il aurait fallu obtenir condamnation contre moi, ce que vous n'avez pas fait, ce que vous ne pouviez pas faire, puisque votre créance n'étant pas échue, je vous aurais, dans tous les cas, fait déclarer non recevable dans votre demande en condamnation, vous trouverez bon que je profite du terme, que je garde les biens, que je les administre, que je les aliène malgré vous à des acquéreurs de bonne foi, que j'en dissipe le produit. Tel est mon bon plaisir, et vous n'avez pas un mot à dire.

Et cependant, il est incontestable que le créancier à terme a le droit de demander la séparation des patrimoines avant l'échéance du terme..... C'est un point reconnu constant par tous les jurisconsultes. Il est donc évident que la séparation des patrimoines, mesure préventive, ne peut, dans notre législation, être demandée que contre l'héritier dont la conduite suspecte donne des inquiétudes aux créanciers héréditaires, et que dès lors le but de cette demande est d'entraîner à sa suite la nomination d'un séquestre autre que l'héritier, dont on se défie, lequel administrera le patrimoine du défunt pour le compte des créanciers de la succession. Comment concevoir que les créanciers du défunt qui veulent séparer les deux patrimoines, puissent s'adresser aux créanciers de l'héritier qui ne sont pas détenteurs des deux patrimoines?...

Dès lors n'est-il pas démontré que de deux choses l'une : ou l'article 878 du Code civil a commis une erreur en disposant que la demande en séparation serait intentée contre les créanciers de l'héritier, ou bien, ce qui est plus probable, comme on le verra plus tard, il n'a pas conservé le bénéfice de séparation, même au Titre des successions?

32. Supposons que ce Titre ait voulu conserver le régime en séparation. Dans cet ordre d'idées, l'article 878 renferme un vice de rédaction. Ce n'est pas contre les créanciers de l'héritier, qu'on ne connaît pas, qu'on ne peut pas connaître, mais bien contre l'héritier lui-même que la séparation est demandée. Ce qui prouve le vice de rédaction, c'est : 1° la nature préventive de la séparation des patrimoines; 2° c'est l'article 879, qui n'a de sens que dans un régime sous lequel les créanciers du défunt sont séparés de la personne de l'héritier. Son origine, qui est dans un texte d'Ulpien, démontre cette vérité de la manière la plus certaine.

Ainsi donc les créanciers du défunt ont demandé à être séparés de l'héritier, et le jugement qui intervient, en les séparant de l'héritier, les sépare par cela même des créanciers de l'héritier.

Dès lors le défunt revient à la vie par une fiction pour payer ses propres créanciers. Nous avons deux débiteurs différents : 1° le défunt qui ressuscite, lequel a ses créanciers; 2° l'héri-

tier, qui est également le débiteur personnel de ses propres créanciers. Mais, comme le défunt est revenu à la vie, et comme il n'y a pas d'héritier d'une personne vivante, l'héritier cesse d'être héritier dans toute l'étendue du mot pendant la durée et suivant les besoins de la fiction. Il ne sera donc plus le débiteur personnel des créanciers de la succession qui se sont séparés de sa personne, qui n'en ont pas voulu comme continuant le défunt à leur égard, préférant s'en tenir à leur ancien débiteur qu'ils ont fait revivre, et aux biens qu'il possédait à son décès.

La séparation des personnes résultant du jugement a dès lors pour conséquence inévitable la séparation des choses, c'est-à-dire des patrimoines. Le défunt, rappelé à la vie, vient revendiquer, contre celui qui se trouve être son héritier présomptif, les biens qu'il lui a transmis à sa mort naturelle; mais, comme la fiction ne va pas jusqu'à le faire parler, il faut que quelqu'un parle pour lui. Ce quelqu'un, c'est la réunion de ses créanciers, ou tout au moins de ceux de ses créanciers qui veulent jouir du bénéfice de séparation; et comme une réunion de créanciers ne parle pas davantage, il y a nécessité qu'elle s'exprime par la bouche d'un mandataire, d'un syndic, d'un séquestre, d'un *magister*, comme le *magister* de Gaïus (*V*. Gaïus, comm. 3, § 79).

Par conséquent le jugement de séparation nomme ce *magister*, lequel alors est envoyé en possession, pour le profit de tous, des biens composant le patrimoine du défunt et qui existent encore au moment de la demande. Quant aux biens aliénés avant la demande, et dont le prix a été reçu par l'héritier, le *magister* ne peut les revendiquer, par la raison que ce qui est fait *medio tempore* est valable. Ils sont donc perdus pour les créanciers du défunt, sauf le cas de collusion frauduleuse entre l'héritier et les tiers, auquel cas le syndic fait rentrer à la masse les biens ainsi frauduleusement vendus (C. civ., art. 880 et 1167). Si le prix est encore dû, il n'y a point d'inconvénient à ce qu'une saisie-revendication, pratiquée pour empêcher l'héritier et ses créanciers de le recevoir, réunisse à la succession sinon la chose qui n'existe plus, au moins le prix qui la représente [1]. Arrivés à ce point,

[1] C'est aussi ce qui avait lieu à Rome par le fait (*V*. Gaïus, comm. 4, § 35), quoique la loi 2, ff., *De separationibus*, paraisse contraire. Papinien veut seule-

nous avons séparé les deux patrimoines. Le *magister*, mis en possession des biens du défunt, les administre pour le compte de la masse. Quant à l'héritier, il reste ce qu'il était avec ses créanciers personnels; seulement ils sont là en expectative, pour appréhender ce qui pourra rester des biens du défunt après les opérations du syndic consommées. En attendant, ce dernier fait les préparatifs de la vente du patrimoine du défunt; il suit, pour y parvenir, les formalités des ventes de biens de mineurs, parce qu'il ne faut pas qu'il lui prenne la fantaisie de colluder. Nous devons prendre nos précautions contre lui; d'ailleurs il importe qu'un jour l'héritier et ses créanciers personnels ne puissent venir dire qu'on n'a pas tiré des biens du défunt tout ce qu'on aurait pu en tirer. Les biens sont enfin vendus; ils sont convertis en argent, seule valeur susceptible d'être distribuée. Les fonds sont déposés à la caisse des consignations, ou, mieux encore, il a été décidé par une clause du cahier des charges que les acquéreurs des immeubles ne se libéreraient que sur le vu des bordereaux de collocation. Alors on procède à la distribution du produit du mobilier et à l'ordre du prix des immeubles.

Le syndic préside à ces opérations; il y appelle l'héritier en le sommant de prendre communication du travail provisoire, afin qu'il ait à discuter la sincérité des créances colloquées, et à déclarer si dans le temps intermédiaire il n'a pas désintéressé quelques-uns des créanciers héréditaires. Rien ne s'oppose à ce que les créanciers de l'héritier interviennent également, mais, bien entendu, à leurs frais, s'ils veulent absolument voir comment tout cela se passe. L'espérance d'appréhender ce qui restera est pour eux un intérêt suffisant. Enfin on procède au règlement définitif. Le juge-commissaire ordonne au greffier d'attribuer aux créanciers du défunt, colloqués suivant leurs droits respectifs, les actions utiles contre l'*emptor* : c'est-à-dire, dans notre droit, que les bordereaux de collocation sont délivrés aux créanciers contre les tiers détenteurs. De cette manière, la séparation des patri-

ment dire qu'on ne peut réunir à la masse héréditaire les biens vendus (*V.* ci-dessus, n° 4, *in notâ*); mais les créanciers de la succession profitent du prix, s'il est encore dû, puisque le *bonorum emptor*, pour avoir la masse héréditaire, a offert un prix en conséquence. Les interprètes sont à peu près d'accord sur la solution de cette question, mais ils la justifient par d'autres raisons.

moines, ainsi organisée, a conduit les créanciers du défunt au payement de leurs créances.

Ces créanciers sont entièrement ou non entièrement désintéressés. Au premier cas, le défunt a satisfait à toutes ses obligations. Nous l'avions fait revenir à la vie pour qu'il payât ses créanciers; maintenant qu'ils sont payés, il peut nous quitter pour toujours. L'héritier réapparaît alors héritier dans toute l'étendue du mot. Il appréhende en conséquence, et par suite ses créanciers personnels appréhendent, ce qui est resté des biens du défunt.

Au second cas, les créanciers du défunt pourront-ils venir concourir avec les créanciers de l'héritier sur les biens du représentant du défunt? Non évidemment; ils seraient beaucoup trop favorisés.

Mais ne pourront-ils pas, après que les créanciers de l'héritier auront été payés sur les biens de leur propre débiteur, venir s'emparer de ce qui restera de ces biens, en prétendant que l'héritier est leur obligé personnel, qu'il a contracté, par l'acceptation de l'hérédité, l'obligation de les payer, et qu'on ne doit pas rétorquer contre eux un bénéfice introduit en leur faveur?

« Quidam putant, at ego non..... et sibi imputent..... »

En effet, puisqu'ils ont mieux aimé s'en tenir au défunt et à son patrimoine que de concourir sur les deux patrimoines confondus, ils se sont fait une position dans laquelle ils doivent rester. Ils ne peuvent éluder le bénéfice du préteur. « Sed » separationi quam postulârunt stare debent, nec eludere beneficium prætoris » (*V.* Cujas, *Quæst. Pauli*, Fabrot, II, p. 1160); et cela avec d'autant plus de raison, que le Code civil n'a pas reproduit le tempérament de Papinien. C'est ainsi que le silence de la loi sur un point d'une législation ancienne peut être interprété de deux manières opposées, suivant la route qu'on a commencé à suivre. De cette manière, les créanciers du défunt n'ont pas eu à redouter le concours des créanciers de l'héritier, et ces derniers n'ont pas eu à redouter non plus le concours des créanciers héréditaires : ce qui est le but de la séparation des patrimoines. Il a été pourvu au sort des créanciers du défunt par l'organisation d'un régime par masses.

On s'est d'abord réuni contre l'ennemi commun; puis après

la victoire les individualités ont reparu, comme cela doit être. Les créanciers du défunt sont restés entre eux dans leurs positions respectives, avec leurs qualités de privilégiés, d'hypothécaires ou de simples cédulaires.

33. Avec cette théorie, l'article 878, à l'exception de ces mots : *contre tout créancier de l'héritier*, qui sont remplacés par ceux-ci : *contre l'héritier;* l'article 879, qui veut que la simple reconnaissance de l'héritier pour débiteur soit un obstacle au bénéfice de séparation; l'article 880, qui semble donner à l'héritier la libre disposition des biens du défunt jusqu'à la demande, et enfin l'article 881, qui indique deux classes de créanciers incompatibles, ce qui résultait déjà des articles 878-879 combinés, tous ces articles ont un sens parfait. Cela n'est pas étonnant : ils tirent leur origine du droit romain, et la théorie ci-dessus exposée n'est que la théorie romaine appropriée à notre législation. Pourquoi donc alors ne pas les entendre ainsi ? Eh! pourquoi? C'est que malheureusement Pothier a passé par là, et que son passage en a dénaturé le sens, comme nous l'avons déjà fait pressentir et comme nous le verrons bientôt.

34. Tout cet échafaudage s'écroule devant quelques réflexions.

Et d'abord, d'une part, la loi n'a pas organisé les mesures collectives nécessaires dans un tel régime; il faut les déduire du principe, et alors l'interprétation se fait législatrice.

D'autre part, nous avons raisonné en faisant abstraction de l'ancienne jurisprudence française, et l'état de la science, au moment de la rédaction de nos Codes, a constamment été pour nos législateurs un fait considérable. Or l'ancienne jurisprudence séparait bien, ou plutôt croyait séparer, les créanciers du défunt des créanciers de l'héritier; mais elle ne les séparait pas de la personne de l'héritier. Dès lors la séparation des patrimoines n'a plus été la séparation des patrimoines des Romains; elle a dégénéré en une cause de préférence de créanciers à créanciers. Aussi l'article 878 a-t-il dit que la séparation des patrimoines devait se demander contre *tout créancier* de l'héritier.

De là au privilége et à l'hypothèque il n'y avait plus qu'une nuance bien difficile à saisir; et le Code civil, après avoir tergiversé au Titre *des successions*, s'est jeté, parce qu'il y était forcé

sous peine de ne pas protéger les créanciers du défunt, dans le régime hypothécaire, au Titre *des priviléges*.

D'autre part, les articles 2111 et 2113 font évanouir entièrement la théorie romaine. Ces articles ne peuvent marcher avec elle ; il faudrait les diviser, et malgré l'évidence, considérer l'article 2113 comme ne se référant pas à l'article 2111. C'est ce qu'on a fait, ou plutôt ce qu'on a essayé de faire. Il faut avouer que la théorie des priviléges sur les immeubles a été bien peu comprise. Mais laissons là cette pierre brûlante ; il faudrait des volumes pour mettre à nu toutes les erreurs amoncelées dans cette partie du droit par la jurisprudence des tribunaux et par les interprètes du Code civil ; et pourtant le titre *des priviléges*, au moins en ce qui touche les immeubles, est l'une des plus belles inventions des temps modernes.

Enfin il faut non-seulement diviser les articles 2111 et 2113, et supposer que cet article 2111 est placé après l'article 2213, mais il faut encore morceler l'article 2111 lui-même, substituer au mot *privilége* qu'on y lit, le mot *droit*. Ce n'est pas tout : cette suppression ne signifierait encore rien. Il faut de toute nécessité retrancher de cet article le paragraphe final, qui suppose que les créanciers hypothécaires de l'héritier peuvent, dans certains cas, l'emporter sur les créanciers du défunt ; car cela veut dire qu'il y a *concours* sur les biens du défunt entre les créanciers des deux classes, sauf des droits de préférence attribués à quelques-uns ; que par conséquent il n'y a plus qu'un seul débiteur, que le défunt ne revient pas à la vie, et qu'en un mot la séparation des patrimoines n'existe plus.

En sorte que l'article 2111 lui seul, tel qu'il est écrit dans la loi, démontre évidemment qu'une théorie toute nouvelle a été organisée, et que le législateur a pourvu au sort des créanciers du défunt par le régime hypothécaire.

Quoi qu'il en soit, le système précédemment exposé serait encore bien préférable à tout ce qu'on va lire.

Système n° 2.

35. Le système de Paul, d'Ulpien et de Cujas étant rejeté, le même système, avec le tempérament de Papinien, est évidemment rejeté. D'ailleurs l'idée de Papinien, praticable à Rome avec les ventes de biens en masse et les moyens d'exécution qui existaient alors, est impraticable chez nous. Elle suppose des croisements de créanciers qui se comprendraient difficilement sous l'empire de notre législation.

36. Nous quittons ici le régime collectif proprement dit pour entrer dans un régime mixte dont le caractère principal est l'individualité; mais ce régime individuel ne sera d'abord qu'un tâtonnement : il se ressentira encore du régime collectif, avec lequel il ne devrait plus avoir que des rapports bien éloignés. En législation, on ne passe pas d'un système radical à un autre système radical sans payer le tribut à la transaction.

37. On se rappelle que Pothier maintient la saisine confirmée par l'acceptation de l'hérédité, malgré la séparation des patrimoines qu'il prétend établir. Dans sa théorie, les créanciers du défunt sont toujours et ne cessent pas d'être les créanciers personnels de l'héritier. Le défunt ne revient pas à la vie pour régler le sort de ses créanciers. Il n'y a pas division réelle, séparation des deux patrimoines considérés comme universalités juridiques et administrés par des syndics, comme il est probable que cela a eu lieu dans le droit romain. Mais la préférence appartient, sur les biens du défunt dont l'origine est constante, aux créanciers de la succession; et par contre, les créanciers de l'héritier l'emportent, par un motif d'équité, sur les créanciers de la succession dans la distribution des biens de l'héritier. C'est au fond le tempérament de Papinien, mais dans un système tout autre que le système romain.

38. Chose remarquable! ce privilége (car ce n'est qu'un privilége, puisqu'il se réduit à une cause de préférence entre créanciers du même individu) accordé aux créanciers du défunt, on ne le reconnaissait pas comme tel. On voulait à toute force que ce fût la séparation des patrimoines; et comme la séparation des

patrimoines n'avait que des rapports éloignés avec la véritable hypothèque [1], on voulut que ce privilége ne fût pas une hypothèque privilégiée. Telle est évidemment, au fond, la pensée de Pothier, quoiqu'il pense conserver la séparation des patrimoines en séparant les créanciers du défunt des créanciers de l'héritier, et en ne les séparant pas de la personne de l'héritier. C'est là l'origine, oh! oui, c'est là l'origine de cette théorie abstruse que nous allons voir bientôt adoptée généralement sous le Code. Elle se réfute d'un mot : ce n'est pas la séparation des patrimoines, puisque l'héritier n'est pas séparé des créanciers du défunt. L'héritier étant débiteur commun, l'antique incompatibilité des créanciers du défunt et des créanciers de l'héritier disparaît sans retour, et par conséquent, sous un tel régime, la véritable séparation des patrimoines est impossible.

Ce n'est pas non plus une hypothèque privilégiée, puisque le droit de suite n'y est pas attaché. Ce n'est qu'un privilége bâtard, déshérité du droit réel sans lequel le privilége est un non-sens; c'est une protection nulle pour les créanciers du défunt; c'est je ne sais quoi!... ce n'est rien!...

39. Cette doctrine de Pothier est conservée dans le Code en partie, mais elle est abandonnée dans ce qu'elle a de plus remarquable; pourtant quelques jurisconsultes s'en tiennent encore aux idées de ce grand homme. Telle était l'opinion de M. Malleville. Il est le seul, à ma connaissance, qui maintienne sous le Code la doctrine de Pothier [2].

Certes il vaudrait encore mieux conserver cette théorie que la théorie généralement suivie; car elle retient au moins quelque chose de son origine. Il y a une apparence de séparation entre les deux classes de créanciers dans cette idée : que les créanciers du défunt doivent tout d'abord discuter les biens de la succession, s'en attribuer le produit, et ne venir ensuite sur les biens

[1] La *missio in possessionem* conférait le *pignus prætorium*. Mais ce gage donnait-il le droit de suite? (*V.* L. 2, Cod. *De prætorio pignore.*)

[2] Au moment où j'écrivais ces lignes, je ne connaissais pas l'ouvrage de M. Marcadé. Je vois qu'il professe la même opinion que Malleville. Ce serait en effet, quelque illogique que me paraisse cette théorie, le meilleur parti à prendre en désespoir de cause, si les articles 2111 et 2113 n'avaient pas organisé une théorie nouvelle et qui satisfait bien mieux la raison.

de l'héritier qu'après le payement de ses créanciers personnels.

Mais cette théorie manque toujours par la base ; elle n'a d'une séparation que l'apparence. Avec la saisine conservée, c'est-à-dire avec un débiteur unique qui a la libre disposition des biens de la succession, la séparation des patrimoines est impossible. Il faut, comme condition de son existence, des mesures collectives analogues à celles de nos faillites, qui ont tant de rapports avec l'ancienne *missio in possessionem* des Romains.

Système n° 3.

40. Lorsque, après avoir lu nos meilleurs interprètes, j'ai voulu résumer leurs idées sur le bénéfice de séparation, je l'avoue en toute humilité, je n'ai pu d'abord arriver à mon but. Le système généralement suivi est une espèce de protée que vous croyez saisir d'abord, mais ce n'est qu'une illusion ; il se transforme aussitôt et glisse de vos mains avec une merveilleuse facilité : le tout à chaque pas que vous faites dans la carrière qu'il parcourt. Aussi ai-je accusé vingt fois mon intelligence, qui ne comprenait pas le mot de l'énigme. A la fin pourtant, l'histoire aidant, j'ai cru avoir mis le doigt sur la base fondamentale de la théorie ; elle peut être ramenée à ce principe :

« Les créanciers de la succession qui ont satisfait aux pres-
» criptions de la loi, dont le but paraît être uniquement d'avertir
» les créanciers de l'héritier, et qui demandent ensuite la sépa-
» ration des patrimoines, sont séparés, en ce qui touche les
» biens provenant du défunt, des créanciers ou de certains créan-
» ciers de l'héritier, suivant les cas ; mais les créanciers de l'hé-
» ritier ne sont pas séparés des créanciers de la succession en
» ce qui touche le patrimoine de l'héritier ; et en ce qui touche
» les deux patrimoines, les créanciers de la succession ne sont
» pas séparés de la personne de l'héritier. »

C'est oui et non ; c'est l'erreur de l'ancienne jurisprudence française, non pas corrigée, mais considérablement augmentée.

41. Nous allons maintenant suivre cette idée dans ses principales conséquences, et nous aurons un tableau général du système communément adopté.

§ 1er. — Première partie du système : le *oui*. — Rapports des créanciers de la succession avec les créanciers de l'héritier.

42. Du principe que les créanciers de la succession se séparent, par leur demande, des créanciers de l'héritier, en ce qui touche les biens du défunt,

Il résulte : 1° que la demande suivie de jugement fait cesser la confusion des choses qui, provenant du défunt, se trouvent, par suite de la saisine, confondues avec le patrimoine de l'héritier.

Jusqu'à la demande suivie d'un jugement ou de plusieurs jugements (car les demandes en séparation des patrimoines peuvent avoir pour objet ou la totalité, ou une partie seulement du patrimoine du défunt, et elles peuvent être intentées par tous les créanciers collectivement ou par quelques-uns seulement), l'héritier, comme représentant le défunt, détient deux universalités juridiques *in abstracto*. Le jugement de séparation, dans l'intérêt des créanciers héréditaires, distrait de la masse confuse ce qui provient du patrimoine du défunt.

Du reste, c'est encore là une fiction ; car il n'est nommé aucun administrateur particulier pour gérer d'abord et pour vendre ensuite séparément les objets provenant de la succession. La séparation, telle qu'on la comprend, porte bien plutôt sur le prix que sur la chose. Elle se réduit, en définitive, à une préférence de créanciers à créanciers.

2° Que la demande en séparation fait en quelque sorte revivre le défunt, qui par une fiction revient à la vie pour payer ses créanciers personnels avec les biens qu'il a laissés à son décès et qui existent encore, soit en nature, soit convertis en créances, au moment de la demande.

3° Que, par conséquent, la séparation des patrimoines forme deux masses distinctes de biens et deux débiteurs différents, avec deux classes distinctes de créanciers : créanciers du patrimoine de la succession, créanciers du patrimoine de l'héritier [1].

[1] Cela suppose au moins que les droits des créanciers de la succession contre l'héritier ne devraient s'exercer sur les biens de l'héritier qu'après le payement de ses créanciers personnels. Mais on ne s'est pas arrêté là.....

4° Que la demande, reconstituant le patrimoine du défunt, en tout ou en partie, suivant les cas, a pour but de conserver aux créanciers de la succession le gage général des articles 2092 et 2093 du Code civil.

5° Que, par conséquent, les créanciers de la succession séparés des créanciers de l'héritier, au moins en ce qui touche le patrimoine du défunt, exercent une préférence exclusive, ou plutôt ne concourent pas, à proprement parler, sur les biens de la succession avec les créanciers de l'héritier. Les biens héréditaires se trouvent ainsi soustraits à l'action des créanciers de l'héritier, dans l'intérêt des créanciers du défunt.

43. Du principe que, pour jouir de ces avantages, les créanciers du défunt doivent remplir certaines conditions, dont l'objet unique est d'éviter des fraudes et d'avertir le plus tôt possible les créanciers de l'héritier, afin de les mettre en garde contre le coup qui les menace,

Il résulte :

1° Que les inscriptions que peuvent et doivent prendre les créanciers de la succession, suivant l'article 2111, sont nécessaires, non pas pour leur faire acquérir un privilége ou une hypothèque privilégiée, mais pour leur conserver le droit de demander la séparation des patrimoines à l'encontre de toute espèce de créanciers de l'héritier. Ainsi, il faut distinguer le droit de demander la séparation des patrimoines d'avec la préférence qui en résulte.

2° Que les inscriptions faites après les six mois du décès leur conservent encore le droit de demander la séparation des patrimoines, mais seulement vis-à-vis des créanciers cédulaires ou hypothécaires de l'héritier inscrits après eux.

3° Qu'une demande en séparation est nécessaire, tant pour mettre les créanciers de l'héritier à même de la repousser par les moyens de déchéance indiqués dans la loi (art. 879) que pour faire cesser la confusion.

4° Que cette demande s'intente, suivant les cas, soit contre l'héritier, lorsque les créanciers de la succession redoutent sa gestion future, et qu'il n'y a pas de saisie pratiquée sur les

biens confondus [1], soit contre les créanciers de l'héritier [2].

5° Qu'après la séparation prononcée, ceux qui ont obtenu jugement à cet égard se font colloquer, suivant les cas, par préférence aux créanciers de l'héritier, ou seulement par préférence à quelques-uns d'entre eux, dans la distribution des biens provenant de la succession.

44. Voilà pour les rapports des créanciers de la succession avec les créanciers de l'héritier. Tout cela suppose un régime collectif, quoiqu'on ne veuille pas le reconnaître. Voici maintenant la contre-partie du système.

§ 2. — Contre-partie du système : le *non*. — Rapports des créanciers de la succession avec l'héritier et avec son patrimoine particulier.

45. Du principe que les créanciers de la succession ne sont pas séparés de la personne de l'héritier,

Il résulte : 1° Que, dans les rapports des créanciers de la succession avec l'héritier, le défunt ne revient pas à la vie : d'où suit que l'héritier le représente exactement, par suite de la saisine non modifiée.

2° Que l'héritier a la libre disposition des biens héréditaires; qu'il peut les aliéner et en toucher le prix d'acquéreurs de bonne foi, malgré l'existence des inscriptions prises par les créanciers du défunt, en dissiper le produit, ou l'employer au payement de ses créanciers personnels, et mettre ainsi à néant, suivant son caprice, le droit de préférence accordé aux créanciers de la succession....

3° Que l'héritier est devenu et continue toujours d'être, malgré le jugement de séparation, le débiteur personnel des créanciers héréditaires.

4° Que, la séparation ne produisant aucun effet vis-à-vis de l'héritier, tous les créanciers de la succession et de l'héritier se

[1] Vivement controversé.

[2] C'est l'opinion générale, la séparation des patrimoines n'étant, suivant le système, qu'une prérogative accordée aux créanciers de la succession contre les créanciers de l'héritier. Mais alors comment la connaître? Mutisme désespérant de la plupart de nos meilleurs interprètes!...

C'est le côté impraticable du système.

trouvent confondus et viennent en concurrence sur le patrimoine de ce dernier.

Ainsi, les créanciers héréditaires sont, dans ce système, séparés des créanciers de l'héritier; mais les créanciers de l'héritier ne sont pas séparés des créanciers de la succession.

APPENDICE.

46. Voici maintenant trois propositions qui se présentent à l'esprit, possibles dans l'ordre d'idées du § 1er, et manifestement repoussées par l'ordre d'idées suivi dans le § 2 :

1° La simple reconnaissance de l'héritier pour débiteur est un obstacle au bénéfice de séparation (Code civil, art. 879).

2° Le droit de séparation des patrimoines s'exerce d'une manière indivisible.

3° Tous les créanciers du défunt restent entre eux dans leurs positions respectives. Les inscriptions qu'ils peuvent prendre, soit dans les six mois du décès, soit après les six mois, ne produisent aucun effet à l'égard des créanciers du défunt entre eux [1].

47. Telles sont les bases du système généralement suivi. A ne voir que chacune des propositions en particulier, abstraction faite de l'ensemble, il ne paraît pas déraisonnable. Aussi a-t-il été embrassé par la presque unanimité des auteurs.

La jurisprudence de la cour suprême tend évidemment à l'admettre [2]. Eh bien! réunissez tous les principes précédemment posés pour en faire un corps de doctrine, et vous aurez la plus

[1] Ce point est cependant vivement controversé parmi les partisans du système. En effet, cette idée conduit à la violation la plus manifeste des articles 2111 *in fine*, 2113 et 2146 du Code civil. Elle se réfute d'ailleurs par l'absurdité des conséquences. Pour ne pas heurter la raison, quelques jurisconsultes ont inventé un procédé que nous faisons connaître dans notre ouvrage.

[2] Je n'ai pas voulu amonceler des citations, parce que ce genre de travail m'a toujours répugné. On ne doit citer, suivant moi, que pour critiquer; autrement, l'ouvrage d'un jurisconsulte devient une table des autres ouvrages, et alors il vaut beaucoup mieux consulter nos arrêtistes, qui sont arrivés sous ce rapport à une grande perfection. Les personnes qui voudront contrôler mes idées n'auront qu'à se reporter à l'ouvrage de M. Zachariæ, excellent résumé dogmatique du Code civil, et aux notes de MM. Aubry et Rau, ses traducteurs, qui ont rendu un grand service à la science en le mettant en rapport avec la jurisprudence actuelle et avec la doctrine des Facultés d'aujourd'hui (*V.* § 618). Toutes les autorités y sont citées.

curieuse macédoine qu'il soit possible d'imaginer. C'est la meilleure réfutation que l'on puisse donner d'un pareil système. Je vais tâcher de rapprocher les bizarreries et les incohérences qu'il présente.

Il faut pour cela nous placer dans deux hypothèses : ou l'héritier n'est pas sous le coup d'une saisie réelle, ou les biens de l'héritier et ceux du défunt ont été confusément mis sous la main de justice par un créancier saisissant.

A. Du cas où les biens ne sont pas saisis.

48. Le but du bénéfice de séparation étant de protéger les créanciers du défunt contre les conséquences de l'événement qui les prive de la personne de leur débiteur, les créanciers de la succession à terme ou sous condition, ainsi que ceux qui n'ont pas de titres exécutoires, ont évidemment le droit de demander la séparation des patrimoines. C'est ce qui résulte de ces mots de l'article 878, *dans tous les cas;* on est d'accord à cet égard.

Voyons le système dans l'application.

Les créanciers du défunt veulent user du bénéfice qui doit les protéger. Contre qui formeront-ils leur demande?

Est-ce contre les créanciers de l'héritier?

Oui, le système l'exige; mais on ne les connaît pas!... On ne peut pas les connaître; il n'y en a peut-être pas encore. Pourtant il faut se hâter : car l'héritier, qui a la libre disposition des biens provenant du défunt, va les dissiper, et le gage prétendu exclusif des créanciers de la succession sera perdu sans retour.

En vain ils ont pris des inscriptions suivant l'article 2111 du Code civil : le système dit que ces inscriptions, ne conférant ni privilége ni hypothèque, et par conséquent n'entraînant pas avec elles le droit de suite, ne sont pas un obstacle à la libération des acquéreurs. Comment faire alors? Eh bien! disent quelques auteurs, les créanciers de la succession s'adresseront à l'héritier. Soit, admettons cette doctrine, quoiqu'elle soit repoussée par la lettre de l'article 878 du Code civil. Les créanciers de la succession assignent donc l'héritier en séparation des patrimoines, et le jugement dit qu'ils sont séparés. De qui?... de l'héritier? Cela

est impossible, puisque le système n'admet pas la séparation des créanciers de la succession de la *personne* de l'héritier, la saisine n'étant aucunement modifiée par la séparation des patrimoines du Code civil. Permettre une demande en séparation contre l'héritier, c'est donc dire : voilà un créancier du défunt qui demandera la séparation contre une personne que le jugement de séparation ne séparera pas de celui qui demande la séparation!... Ce qui est évidemment absurde.

Mais si, comme cela n'est pas douteux sous le Code civil, la demande en séparation n'a pas pour objet de séparer les créanciers du défunt de la personne de l'héritier, et si le jugement ne peut par suite constituer une administration séparée du patrimoine de la succession, que devient alors la protection qui doit résulter du bénéfice au profit des créanciers de la succession?... Néant!... L'absurdité d'une pareille doctrine est donc démontrée. La demande n'a abouti à aucun résultat; c'est un non sens, comme je l'ai dit : c'est *oui* et *non!* Il y a séparation... en théorie...; en fait..., il y a confusion!... Ou bien il faut arriver à ce système déraisonnable, à savoir : que la séparation des patrimoines ne peut être demandée, lorsque l'héritier n'a pas de créanciers personnels, ou lorsque ses créanciers personnels, redoutant une séparation des patrimoines, se font payer dans l'ombre par l'héritier avec les biens du défunt aliénés à des acquéreurs de bonne foi; que, par conséquent, les créanciers du défunt n'ont aucun moyen de conserver leur gage, et qu'ils ne peuvent se prémunir contre la mauvaise gestion future de l'héritier. Si l'on avait compris le droit romain, toutes ces incohérences n'auraient jamais été proposées.

B. Du cas où les biens sont saisis.

49. Lorsque les biens confondus des deux patrimoines sont tous sous le coup d'une saisie réelle, le système que je combats se comprend mieux. Les créanciers de la succession interviennent dans la saisie, et ils demandent contre le poursuivant que ce qui provient du défunt soit distrait de la saisie, en ce sens que le séquestre possède deux masses de biens différentes. L'adjudication

peut avoir lieu, suivant l'origine des biens, en deux lots. L'une comprend les biens provenant du défunt, et l'autre comprend les biens de l'héritier. Le juge-commissaire à l'ordre compose ensuite deux masses à distribuer. Sur la masse de la succession, les créanciers qui ont demandé la séparation des patrimoines et qui ont satisfait aux prescriptions de la loi, obtiennent collocation par préférence aux créanciers de l'héritier, et ils viennent en concurrence sur la masse de l'héritier avec les créanciers de ce dernier. Eh bien! telle est la bizarrerie du système que, même dans ce cas, le seul où il soit praticable, il est encore en défaut sous deux rapports. En effet : 1° Les créanciers de la succession ne peuvent poursuivre l'héritier sur ses biens personnels sans le reconnaître pour débiteur. Si donc ils produisent à la distribution des biens propres de l'héritier, ils sont déchus de leur droit de préférence sur le patrimoine du défunt. Et pourtant, il n'y a en fait qu'une seule distribution complexe. En sorte que les créanciers de la succession sont obligés de restreindre leur demande en collocation sur la partie du prix à distribuer provenant des biens du défunt, quoiqu'ils soient créanciers personnels de l'héritier. Ils sont créanciers, mais il leur est interdit d'exercer leurs droits de créance!

C'est toujours *oui* et *non*, parce que le système repose sur deux principes inconciliables.

2° Pesez maintenant ceci. Ce n'est pas dans la séparation des patrimoines que les créanciers du défunt trouvent leur moyen de protection; c'est dans un événement étranger, c'est-à-dire dans la saisie dont ils profitent par contre-coup, parce qu'elle a enlevé à l'héritier la libre disposition des biens placés sous la main de justice. Eh bien! que le créancier poursuivant qui, je le suppose, a seul un titre exécutoire, soit désintéressé, que va-t-il arriver? C'est que les créanciers de la succession à terme, sous condition, ou qui n'ont pas de titres exécutoires, ne pourront obtenir la subrogation dans la poursuite des biens du défunt [1], puisqu'ils ne peuvent exécuter. La saisie sera donc rayée. Le séquestre disparaîtra avec la cause de son institution; en sorte

[1] Ils doivent bien se garder de demander la subrogation dans les effets de la poursuite en ce qui touche les biens de l'héritier; ils renonceraient, par cela

que l'héritier rentrera dans la libre disposition de ses biens héréditaires, et cela malgré la séparation des patrimoines, prononcée par jugement dans le cours de la poursuite. En effet, le jugement avait bien séparé les créanciers de la succession des créanciers de l'héritier, que nous avons supposés représentés valablement par le poursuivant; mais il ne les avait pas séparés de la personne de l'héritier en ce qui touche les deux patrimoines. Or les créanciers de l'héritier disparaissant avec le saisissant désintéressé, il ne reste plus que l'héritier, contre lequel la séparation est impuissante!... Dès lors la fortune des créanciers héréditaires dépend du caprice et même de la mauvaise foi de l'héritier[1]. Et pourtant, en établissant la séparation des patrimoines, le législateur n'a pu vouloir que ce que le droit romain voulait, à savoir : protéger les créanciers du défunt contre les conséquences du décès de leur débiteur.

Le système généralement suivi manque donc au principe de son institution. Encore une fois, il ne peut protéger qu'autant qu'on admet la séparation des créanciers de la succession de la personne de l'héritier. Rejeter cette base fondamentale du droit romain, et cependant conserver, tout en le repoussant, les conséquences du principe des stoïciens, en ce qui touche les rapports des créanciers du défunt avec les créanciers de l'héritier sur le seul patrimoine de la succession, c'est organiser un système qui n'a pas de fondations; c'est bâtir dans la tourbe; c'est se faire étrangement illusion.

50. Je comprendrais à la rigueur la théorie de Pothier, tout illogique qu'elle puisse être; mais le système suivi aujourd'hui me paraît incompréhensible. Il ne peut avancer une seule proposition capitale qui ne soit à l'instant rétorquée par lui-même.

Qu'on se rappelle la division de nos deux paragraphes dans lesquels nous l'avons exposé sous la forme du *oui* et du *non;*

même, à leur préférence sur les biens du défunt. Telles sont les idées généralement admises sur l'article 879.

[1] Il est vrai que l'on réserve la question de fraude; mais ce n'est rien dire. Les tiers acquéreurs de bonne foi se libèrent valablement, malgré les inscriptions de l'article 2111, qui ne peuvent les atteindre, et ils ne peuvent être évincés qu'autant que l'on prouve leur complicité avec le représentant du défunt (C. civ., art. 1167); en sorte que ce moyen de pallier les vices de la théorie est encore un non sens.

rapprochons-les, et nous arriverons aux plus étranges inconséquences.

51. *Ordre d'idées du* § 1er. — Il y aura deux masses distinctes de biens : biens du défunt, biens de l'héritier.

Il y aura deux universalités juridiques : universalité des biens du défunt, universalité des biens de l'héritier. Il y aura deux débiteurs différents : le défunt, qui reviendra à la vie par une fiction, et l'héritier... Si on ajoutait : *qui sera séparé des créanciers de la succession*, tout serait expliqué; ce serait la théorie romaine. Mais non...

Ordre d'idées du § 2. — L'héritier continuera la personne du défunt. Oui, l'héritier sera héritier malgré la résurrection de son auteur. Le défunt sera mort au regard de l'héritier...

52. — § 1er. Mais il sera vivant au regard des créanciers de l'héritier. Ainsi le défunt sera mort au regard de l'héritier, mais il sera vivant au regard de ceux qui tiendront leurs droits de l'héritier.

§ 2. Toutefois, il ne sera pas vivant au regard de tous (article 2111, *in fine*).

53. — § 1er. Il ne reviendra complétement à la vie que dans l'intérêt des créanciers du défunt inscrits dans les six mois du décès, suivant l'article 2111 du Code civil.

§ 2. Après les six mois, il sera censé mort au regard des créanciers de l'héritier qui auront pris des inscriptions sur les biens héréditaires, ainsi qu'au regard des créanciers du défunt non inscrits dans les six mois.

§ 1er. Mais il sera censé vivant au regard des créanciers de l'héritier qui n'auront pris aucune inscription, et les créanciers de la succession, quoique non inscrits après les six mois, ou inscrits après les six mois, pourront encore produire leur droit de séparation, tant que les biens ou leur produit en argent seront dans les mains de l'héritier, soit en nature, soit en créances. Cela n'aura toutefois lieu qu'à l'encontre des créanciers de l'héritier non inscrits ou inscrits après eux (Code civil, art. 2111, 2113, 881).

54. — § 1er. Il y aura une demande en justice pour séparer les deux patrimoines. Cette demande s'intentera contre les créan-

ciers de l'héritier. On les connaîtra comme on pourra. Puis, quand la demande sera suivie d'un jugement, les deux patrimoines seront divisés; la confusion aura cessé.

§ 2. Mais il n'y aura ni syndic ni *magister* pour administrer la masse héréditaire; seulement les biens seront toujours confondus dans les mains de l'héritier. La libre disposition de ces biens lui appartiendra; car la séparation ne le concerne pas. Et si le critique fait la question suivante : Que devient la protection due aux créanciers du défunt? on lui répondra... : Ce critique s'imagine que la séparation des patrimoines a pour objet de mettre les créanciers du défunt à l'abri de tous les inconvénients qui peuvent résulter pour eux du décès de leur débiteur [1]!

55. — § 1er. Cependant la séparation produira des effets remarquables en faveur des créanciers de la succession qui l'auront demandée; elle leur donnera une préférence exclusive sur les biens de la succession, à l'encontre de toute espèce de créanciers de l'héritier... Mais cette préférence ne sera ni un privilége ni une hypothèque.

§ 2. Et pourtant, l'héritier continuant le défunt, tous les créanciers des deux classes sont créanciers du même débiteur. C'est une cause de préférence d'un nouveau genre qui s'exerce entre créanciers d'un même débiteur, et qui pourtant n'est ni un privilége ni une hypothèque (*V*. Code civil, art. 2094).

56. — § 2. L'héritier continuant le défunt est imposé aux créanciers de la succession à la place du débiteur de leur choix, qui est décédé. L'héritier est, dans toute l'étendue du mot, leur débiteur personnel.

§ 1er *et Appendice*. Mais il leur est interdit de le reconnaître pour tel, sous peine de consommer leur ruine (*V*. art. 879).

§ 2. Vous croyez que, l'héritier étant le débiteur personnel des créanciers de la succession, ces derniers vont pouvoir, sans danger pour eux, mettre en exercice leurs droits de créance sur les biens propres de l'héritier. *Error irreconciliabilis!* comme dirait Cujas.

§ 1er. En poursuivant l'héritier sur ses biens propres, ils le

[1] *V*. les annotateurs de M. Zachariæ, § 618, note 46.

reconnaissent pour débiteur, et ils sont déchus des avantages attachés à leur séparation des créanciers de l'héritier.

§ 2 et § 1er. Créanciers de l'héritier par suite de la saisine non modifiée, les créanciers de la succession viennent au marc le franc avec les créanciers de l'héritier sur le patrimoine de ce dernier.

§ 1er. Mais écoutez bien ceci : s'ils produisent à la distribution des biens de l'héritier, leur débiteur personnel, ils l'auront reconnu comme leur débiteur personnel. Eh bien! eh bien! ils seront déchus de leurs droits de séparation !...

Continuons.

57. — § 1er. La demande en séparation appartient à la théorie de l'indivisibilité, puisqu'elle a pour objet de reconstituer une universalité, un tout juridique, un patrimoine, en faisant cesser la confusion [1].

§ 2. Les héritiers, continuant la personne du défunt, ne sont tenus chacun que pour leurs parts et portions héréditaires.

Si la demande tend à reconstituer un tout indivisible, que devient le principe de la division des dettes?

Si la demande est divisible, que devient l'universalité juridique ?

58. — § 1er. Le patrimoine du défunt constituant une universalité juridique distincte du patrimoine de l'héritier, les fruits produits par les biens de la succession, *depuis le décès*, doivent augmenter la masse héréditaire, *fructus augent hæreditatem* [2].

§ 2. L'héritier, continuant le défunt, et ayant par suite la libre disposition héréditaire, peut *à fortiori* disposer des fruits et les confondre avec ses biens personnels. En sorte que la théorie se trouve aussitôt limitée de manière qu'elle ne s'appliquera jamais. Elle ne pourra recevoir d'application que dans le cas d'une saisie qui immobilise les fruits ou qui empêche la confusion, et alors il faut à la séparation des patrimoines, pour se mettre en exercice, un secours étranger dont elle devrait se passer dans notre législation.

[1] Cette question est vivement controversée ; nous l'examinerons sous l'art. 2111.

[2] MM. Aubry et Rau me paraissent ici faire une fausse application du droit romain. Le *pignus prætorium* ne commençait que par la prise de possession effective.

59. — § 1er. Tous les créanciers du défunt restent entre eux dans leur position respective. Les inscriptions ne produisent aucune espèce d'effet à leur égard. C'est la conséquence forcée d'un régime collectif (*V.* C. civ., art 2146).

§ 2. L'héritier, ayant la libre disposition des biens de la succession, peut démembrer l'universalité juridique au profit de ses créanciers personnels; en sorte que les créanciers de l'héritier peuvent, dans certains cas, l'emporter sur les créanciers du défunt (art. 2111 et 2113).

Que devient alors le régime collectif?

Que deviennent les deux universalités juridiques qui, suivant le système, doivent être complétement séparées l'une de l'autre?

60. — § 2. Vous allez croire que les créanciers du défunt, inscrits suivant l'article 2111, l'emportant sur les créanciers inscrits de l'héritier, qui l'emportent sur les créanciers du défunt non inscrits ou inscrits après eux (2111 *in fine*), les six mois passés, vont l'emporter *à fortiori* sur ces derniers? Vous êtes dans l'erreur.

§ 1er. Le régime collectif s'y oppose : tous les créanciers du défunt restent entre eux dans leurs positions respectives.

La règle *Si vinco vincentem te, à fortiori te vincam*, a fait son temps. On nous démontrera qu'elle n'est pas applicable. Il ne faut pas, en effet, perdre de vue que le défunt est revenu du tombeau pour régler le sort de ses créanciers, comme s'il était encore vivant.

61. Quant aux articles 2111 et 2113, on les divise, malgré l'évidence de leur connexité. Quelques-uns pourtant, n'osant pas pousser la témérité jusqu'à rayer l'article 2113 de la théorie des priviléges, l'appliquent au cas de l'article 2111. Et alors, ils font dégénérer en créanciers hypothécaires, pour ne s'être pas inscrits dans les six mois du décès, ceux qui, suivant eux-mêmes, inscrits dans les six mois, n'auraient pas été hypothécaires. Ceux-là gagnent à dégénérer.

Tous morcellent les articles 2111, 2113, 2146, et travaillent à qui mieux mieux à les détourner de leur véritable sens. Puis ils arrivent au fatras que l'on connaît, c'est-à-dire à une théorie abstruse livrée aux tiraillements de deux bases tout à fait con-

traires; à une théorie qui se résume par saisine et séparation, c'est-à-dire par conjonction et disjonction; à une théorie qui annonce qu'elle va tout séparer, et qui, en définitive, ne sépare rien; à une théorie qui veut protéger et qui ne protége pas; à une théorie enfin qui n'atteint en aucune façon le but proposé. Et on appelle tout cela la théorie romaine! Oh! ne profanez pas les grands noms de Paul, de Papinien et d'Ulpien, pour les rendre responsables d'incohérences pareilles! Étudiez les textes dans les textes, et ne les étudiez pas dans Pothier. Alors je vous réponds que, comme moi, vous resterez convaincus que la séparation des patrimoines ne peut exister qu'à la condition de séparer les créanciers du défunt de la personne et des créanciers de l'héritier, ou, dans tous les cas, que, si vous voulez adopter le tempérament équitable de Papinien, cela ne peut se pratiquer qu'à l'aide de mesures collectives analogues à la *missio in possessionem*, qui n'existent plus dans notre droit.

62. Exposer ainsi la doctrine généralement admise, c'est la réfuter de la manière la plus complète; il est inutile de nous y arrêter plus longtemps. C'est un tissu d'incohérences qui ne mérite pas d'être décoré du nom de système.

63. C'est ainsi que le bénéfice de séparation s'est perdu. Ce qu'il y a de plus extraordinaire, c'est que nos meilleurs interprètes courant tous à la suite les uns des autres, pensent encore aujourd'hui être dans le système du droit romain. Ils ont suivi Lebrun, Domat et Pothier dans leurs erreurs, puis ils ont retranché de leur doctrine les lambeaux de séparation qu'elle présentait encore.

On peut donc, comme je l'ai dit plus haut, résumer le système généralement suivi en deux mots. C'est l'erreur de Pothier considérablement augmentée.

De là est venue cette théorie nuageuse qui n'est ni celle d'une séparation des patrimoines, ni celle des priviléges hypothécaires.

De là des droits de préférence sans droits réels qui les précèdent, des non-sens enfin, dont un peu de réflexion et surtout un peu d'étude des textes seuls du droit romain, abstraction faite des interprètes, auraient depuis longtemps fait justice.

Lorsque je médite sur l'histoire de la séparation des patri-

moines, je ne puis m'empêcher de penser quel mal ont fait à la science du droit les premiers interprètes du droit, au moins dans quelques matières.

Qu'on ne s'y trompe pas, c'est à Accurse qu'il faut remonter pour trouver la source de la théorie abstruse que nous avons examinée.

En vain Cujas lutta contre lui. *Turpiter Accursius impingit*, etc...

Accurse avait dit que les créanciers du défunt étaient, malgré la séparation des patrimoines, les créanciers de l'héritier, et la pratique, qui suivait la grande glose avec idolâtrie, voulut absolument qu'il en fût ainsi. La routine l'emporta, et les protestations du géant des interprètes furent inutiles. Cela s'est perpétué ainsi jusqu'à Pothier, mais non sans contestation!... Puis enfin Pothier ayant donné raison à Accurse contre Cujas, en disant que le bénéfice de séparation, étant introduit en faveur des créanciers du défunt, ne devait pas être rétorqué contre eux, l'héritier resta l'obligé personnel des créanciers du défunt, ce qui conduisait tout droit au marc le franc entre les créanciers sur les biens de l'héritier. Pothier, toutefois, n'avait pas osé aller jusque-là en présence des textes du droit romain; mais M. Chabot de l'Allier, avisant sous le Code que la loi n'avait pas reproduit le tempérament de Papinien, et, poussant jusqu'aux dernières limites les conséquences de la fausse doctrine de Pothier, décida que le marc le franc devait s'établir sur les biens de l'héritier entre tous les créanciers du défunt et de l'héritier. MM. Merlin, Persil, et presque tous ceux qui sont venus après eux, ayant trouvé fort judicieuse la remarque de Chabot, adoptèrent sa doctrine; et il en résulta que la séparation qui, sous Pothier, conservait encore quelque chose de son origine, ne sépara plus rien du tout, c'est-à-dire que la séparation des patrimoines ne divisa plus les deux patrimoines.

64. Tel est le système généralement suivi. Toutefois plusieurs auteurs reculent devant l'absurdité de quelques-unes de ses conséquences. Ainsi ils font l'application de la règle : *Si vinco vincentem te, à fortiori te vincam*, au cas où les créanciers du défunt inscrits dans les six mois, viennent concourir avec des

créanciers hypothécaires de l'héritier et des créanciers héréditaires non inscrits. Telle est la doctrine de MM. Delvincourt et Dalloz. Cela est bien sans doute; mais, au fond, c'est toujours la même théorie avec tous les vices que nous avons signalés. Aucun ne remonte à l'origine du mal : on n'a pas vu que la condition d'existence du bénéfice de séparation était la séparation des créanciers du défunt de la *personne* de l'héritier, et que, dès que le Code civil ne pouvait recevoir cette interprétation, il fallait ou se jeter dans le régime hypothécaire, ou bien dire : les créanciers du défunt ne seront aucunement protégés.

Système n° 4.

65. Comme je l'ai déjà dit, il faut, en matière de législation, dans le passage d'un système radical à un autre système radical, payer le tribut à la transaction.

La doctrine de Pothier, qui commence à s'éloigner du droit romain, en conserve quelque chose. La doctrine généralement suivie sous le Code coupe l'une des deux jambes de la théorie de Pothier, en sorte que la séparation des patrimoines ne peut plus marcher. Maintenant nous allons voir de nouveaux jurisconsultes commencer à se jeter franchement dans le régime hypothécaire. Là, il ne s'agira plus de séparation collective et par masses; mais les créanciers du défunt, quels qu'ils soient, pourront pourvoir à leur propre sûreté, chacun de leur côté. L'origine des biens sera encore importante à connaître. Sous ce rapport, le nouveau système aura encore quelque analogie avec l'antique séparation. Les créanciers du défunt rechercheront d'abord les biens ayant appartenu au défunt, et ils les appréhenderont à leur singulier profit en s'inscrivant dans les six mois du décès. Ils seront privilégiés comme des vendeurs; une fiction les substituera au défunt, qui sera censé vendre à son héritier son patrimoine avec la réserve d'un privilége à certaines conditions, pour assurer le payement du passif qu'ils apporteront à l'héritier, sur l'actif qui lui sera transmis par suite du décès. S'ils ne se sont pas inscrits dans le délai de faveur accordé à tous, ils ne seront pas entièrement déchus de la prérogative attachée à leur origine; et s'ils

veulent encore s'inscrire après les six mois, ils dégénèreront en simples créanciers hypothécaires, venant par conséquent à la date de leurs inscriptions. Ces inscriptions vont dès lors jouer un rôle important; elles ne seront plus détournées du sens que la loi y attache.

En cela, ces jurisconsultes seront blâmés par les partisans de la doctrine généralement adoptée; et cependant ils seront, suivant nous, dans le vrai.

Mais, chose remarquable! ils commettront la faute tout à fait contraire à celle des partisans du système n° 3. Ils ne nous annonceront pas, comme ces derniers, un régime collectif pour virer de bord et nous présenter un régime insaisissable. Ils nous annonceront un régime individuel, puis tout à coup, sur la foi de je ne sais quel argument *à contrario*, le plus pitoyable de tous les arguments en général, ils abandonneront les conséquences forcées de leur doctrine pour faire cause commune avec les partisans de la théorie abstruse généralement suivie. Ce en quoi ils seront fortement applaudis par le n° 3 et vertement blâmés par le n° 5. Leur système aura les inconvénients des demi-mesures. Voulant se mettre bien avec tous les partis, ils ne réussiront qu'à se faire critiquer par tous. De la faute qu'ils auront commise en retournant au n° 3, il va résulter une monstruosité en droit. Le privilége et l'hypothèque des créanciers du défunt seront simplement relatifs! ainsi le droit réel existera, mais il n'existera pas vis-à-vis de tous. Le privilége produira effet à l'égard des héritiers, des tiers détenteurs et des créanciers de l'héritier; mais il ne produira pas d'effet à l'égard des créanciers du défunt. L'inscription sera un non-sens vis-à-vis de ces derniers, et, comme la doctrine de ces jurisconsultes les poussera vers des absurdités, ils feront les efforts les plus ingénieux pour maintenir les créanciers du défunt sur le pied de l'égalité, tout en accordant aux uns un privilége et aux autres une simple hypothèque. Enfin l'erreur dans laquelle ils se seront jetés, en faisant volte-face, les conduira à dire que, l'inscription étant inutile à l'égard des créanciers du défunt, elle le sera également à l'égard des créanciers de l'héritier non inscrits. On verra ainsi, comme dans le système n° 3, des droits de préférence sans droits réels

qui les précèdent. Ils reparleront alors de la séparation des patrimoines, dont il ne devrait plus être question dans leur théorie. Cela les conduira à conserver des textes anciens, qui seront tout étonnés de se trouver avec leurs idées nouvelles. La reconnaissance de l'héritier pour débiteur fera tomber leur privilége, et l'héritier, dans leur théorie, sera toujours le débiteur personnel des créanciers du défunt.

Qui ne voit que c'est l'un ou l'autre et non pas l'un et l'autre? Adoptez, si vous le voulez, un régime collectif; soumettez la succession à une administration comptable; retournez à la doctrine de Paul, d'Ulpien et de Cujas : je le veux bien; alors ne me parlez pas d'hypothèque. Ou bien, si vous voulez me parler d'hypothèque, ne me parlez plus des conséquences d'un régime collectif que vous avez proscrit vous-même, et abordez franchement le nouvel ordre d'idées dans lequel vous entrez... Telle est, au fond, la doctrine de M. Duranton [1]. Quelques arrêts semblent se rattacher à cette théorie. Elle est la plus facile à réfuter; elle fait marcher de front l'hypothèque et une partie des conséquences de la séparation collective des patrimoines, c'est-à-dire deux choses qui, dans notre législation, s'excluent mutuellement.

Ramifications de ce système.

66. Quelques jurisconsultes (à ce qu'il paraît, car je n'en connais aucun; je cite ici sur la foi de M. Dufresne. *V.* son *Avertissement*) [2] reconnaissent, comme M. Duranton, une hypothèque

[1] M. Duranton, que je me permets de critiquer ici, a cependant commencé à faire marcher la science, sur la matière que nous traitons; son ouvrage est à méditer.

[2] *Traité de la séparation des patrimoines suivant le droit romain, le Code civil et la jurisprudence des tribunaux* (Paris, Durand, 1842). « Ne pas confondre, dit l'auteur, mon traité avec celui de M. Blondeau. » Oh! non : il n'y a pas de danger à cet égard. Pourtant je serais injuste si je ne disais que cet ouvrage évite des recherches dans les compilations d'arrêts. C'est encore ce qu'il y a de plus complet dans le sens des idées généralement admises. L'auteur a fait tous ses efforts pour arriver à un système, mais il n'y en a pas dans son livre; dans l'ordre d'idées qu'il a suivi il ne peut y en avoir. Ce n'est pas dans les anciens jurisconsultes français qu'il faut étudier le droit romain; c'est la plus mauvaise source que l'on puisse choisir.

Du reste, c'est un travail fait avec conscience, et qui, je le répète, évite bien des recherches.

au profit des créanciers du défunt qui s'inscrivent en temps utile : puis ils n'y attachent pas le droit de suite... Je ne comprends pas.

Système n° 5.

67. Arrivée à ce point, la question commence à devoir être comprise. Je la résume ainsi : il y a dans notre Code civil de quoi établir trois systèmes différents.

Le Titre des successions, abstraction faite du Titre des priviléges, doit conduire à la doctrine de Paul et d'Ulpien, en rejetant le tempérament de Papinien. Mais ce système ne peut se soutenir qu'en s'isolant de l'ancienne jurisprudence française, et en mettant de côté les articles 2111 et 2113 du Code civil.

Le même Titre des successions doit conduire à la théorie de Pothier et de Lebrun, si l'on remarque que les articles 878, 879, 880 et 881 sont tirés des ouvrages du premier de ces jurisconsultes. Mais ce système n'est plus la séparation des patrimoines des Romains : il ne donne qu'un simple droit de préférence, sans pourtant que ce droit soit une hypothèque privilégiée.

Enfin le Titre des priviléges et hypothèques se jette franchement dans le système des coutumes qui assuraient le sort des créanciers du défunt par le régime hypothécaire, et il faut avouer que les articles 2111 et 2113 ont organisé la théorie la plus ingénieuse et la plus protectrice des créanciers du défunt qu'il soit possible d'inventer. Pourtant nous signalons dans notre ouvrage quelques lacunes regrettables et quelques vices de rédaction ; mais, au fond, le Code civil a été sur ce point bien plus radical et bien mieux inspiré que le législateur de l'an 7, qui lui a fourni la théorie des priviléges.

68. Nous ne pouvons, dans un simple article de revue, exposer ce système avec tous les développements qu'il comporte. Il faudrait pour cela donner une analyse complète de notre travail qui renferme la matière d'un volume. Il suffit de dire, pour compléter la généralisation de cette étude, que le régime hypothécaire protége les créanciers de la succession avec toutes ses conséquences, qu'ils acquièrent un privilége hypothécaire ou une simple hypothèque suivant les cas (2111 et 2113), à charge par

eux de satisfaire aux besoins de la publicité. Alors leur privilége se produit, suivant les circonstances, comme droit réel sur les biens héréditaires : à l'égard des tiers acquéreurs qui ne peuvent prétexter cause d'ignorance, avertis qu'ils sont par la publicité ;

A l'égard des héritiers, qui, par ce moyen, ne peuvent ruiner les créanciers de la succession en dilapidant la fortune immobilière du défunt, et qui se trouvent ainsi forcés de satisfaire à cette règle d'éternelle vérité, à savoir qu'ils ne succèdent aux biens qu'à la charge de payer les dettes de leur auteur.

Comme droit de préférence : à l'égard des créanciers de l'héritier, qui ne peuvent avoir plus de droits que leur débiteur lui-même ;

Et enfin à l'égard des créanciers du défunt entre eux, parce que la loi ne doit pas admettre également à ses faveurs ceux qui, soigneux de leurs intérêts, obéissent à ses prescriptions, et ceux qui, négligeant leurs affaires, viennent tardivement participer à ses bienfaits.

69. Loin de critiquer ce système, il faudrait l'inventer s'il n'existait pas ; c'est l'une des plus belles créations du Code civil. Mais on aime bien mieux se jeter dans des théories vagues et abstruses que d'ouvrir les yeux à la lumière. Si les articles du Titre des successions relatifs à la séparation des patrimoines ne s'y trouvaient pas, aucune discussion n'aurait été possible. La présence de ces articles, qui ne sont qu'une transition d'un ancien système à un nouveau, doit-elle donc nous faire abandonner l'idée fondamentale de la loi, pour nous reporter à une législation qui n'est plus dans nos mœurs, et qui a le plus grand vice qu'une législation puisse avoir, puisqu'elle ne protége pas ceux qu'elle veut pourtant protéger?...

Je termine par cette réflexion : En France, nous avons beaucoup trop de textes, c'est une des causes du chaos de notre jurisprudence ; avec la route dans laquelle nous sommes entrés, la science ne sera jamais aussi florissante qu'elle l'a été aux IIe et IIIe siècles.

HUREAUX.

Dissertation sur le sens des mots *tiers* et *ayant-cause*, dans les articles 1322 et 1328 du Code civil, et 42 du Code de commerce.

Par M. SERRIGNY, professeur à la faculté de droit de Dijon.

Il s'élève tous les jours des contestations dans la pratique sur le sens à donner aux mots *tiers* et *ayant-cause*, employés dans les articles 1322 et 1328 du Code civil et dans l'article 42 du Code de commerce. Ces difficultés se présentent principalement à l'égard des créanciers, dont la position varie selon les circonstances. Ne serait-il pas possible de trouver une règle simple, facile à appliquer, et qui servît à résoudre toutes ces difficultés? Cette règle me paraît exister, et la grande divergence que l'on remarque dans la jurisprudence et dans la doctrine, me semble tenir à ce que la règle dont il s'agit est généralement méconnue. Je me propose de la mettre en relief, et j'espère être assez heureux pour y réussir.

Aux termes de l'article 1322 du Code civil, l'acte sous seing privé fait foi de sa date entre ceux qui l'ont souscrit et leurs héritiers et *ayant-cause;* mais il n'a de date contre *les tiers* que dans les cas énoncés par l'article 1328. Les créanciers doivent-ils être rangés dans la catégorie des ayant-cause ou dans celle des tiers? Voici ma règle pour résoudre toutes les questions qui peuvent se présenter : « Les créanciers sont des ayant-cause de » leur débiteur quand ils usent de l'*action oblique* pour atteindre » l'objet; ils sont des tiers quand ils usent de l'*action directe.* »

Il faut expliquer cette règle et la justifier. Aux termes de l'article 1166 du Code civil, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne. Suivant l'article 1167, ils peuvent aussi, *en leur nom personnel*, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. J'appelle *action oblique* l'action fondée sur l'article 1166, parce qu'elle passe par la personne du débiteur pour atteindre la chose qui en est

l'objet. Je nomme *action directe* celle qui est basée sur l'article **1167**, parce qu'elle dérive directement d'un droit propre au créancier ; c'est la loi elle-même qui le lui confère, sans qu'il ait besoin d'emprunter les droits de son débiteur et de passer par l'intermédiaire de celui-ci. On voit, dès lors, qu'il est vrai de dire que, dans le premier cas, l'action est oblique, et que, dans le second, elle est directe.

La conséquence qui dérive de là, c'est que, dans le cas de l'action oblique, le créancier est l'ayant-cause de son débiteur, puisqu'il le représente et se met à son lieu et place ; en un mot, il use des droits qu'il lui emprunte. Au contraire, dans le cas de l'action directe, le créancier n'emprunte rien au débiteur ; il puise son droit dans la loi sans intermédiaire, il agit de son chef et use d'un droit qui lui est propre : donc il est un tiers par rapport à son débiteur, qu'il ne représente point. Voilà la clef de toutes ces difficultés. Il ne s'agit plus maintenant que d'examiner, dans les espèces qui peuvent se présenter, si le créancier qui agit exerce l'action oblique ou l'action directe. On va voir avec quelle facilité la règle résout les questions les plus difficiles.

On demande d'abord si un créancier qui pratique une saisie-arrêt sur son débiteur entre les mains d'un tiers, est un ayant-cause ou un tiers, et si, en conséquence, les quittances sous seing privé émanées de son propre débiteur peuvent, ou non, lui être opposées? En pratiquant une saisie-arrêt entre les mains d'un tiers, le créancier est obligé d'emprunter les droits de son débiteur ; il fonde son action sur l'article **1166**, il ne peut arriver jusqu'au tiers qu'en passant par l'intermédiaire de son débiteur. Donc l'action est oblique ; donc le créancier est un ayant-cause ; donc les quittances sous seing privé émanées de son débiteur font foi de leur date à son égard. Cette démonstration a la rigueur d'un théorème de mathématiques, ce qui arrive rarement dans les questions de droit ; et c'est pour avoir méconnu cette règle qu'il existe tant d'arrêts sur une question qui n'en est pas une.

On objecte à cela que la quittance peut être antidatée. Oui, sans doute ; mais la preuve de l'antidate ou de la fraude reste au créancier ; c'est là une exception qui confirme la règle. La preuve

est déplacée, et cela suffit pour sauver la règle du droit, qui consiste uniquement à décider à la charge de qui doit tomber la preuve. Est-ce au tiers saisi à prouver la sincérité de la date de la quittance, ou est-ce au créancier à en prouver la fausseté? Or je dis que le tiers saisi n'a rien à prouver, parce que, l'action du créancier étant oblique, il représente la personne du débiteur : il est donc son ayant-cause.

Supposons qu'au lieu d'une saisie-arrêt, les créanciers d'un débiteur pratiquent une saisie immobilière sur ses immeubles : la loi décide que les baux qui n'auront pas acquis date certaine avant le commandement pourront être annulés si les créanciers ou l'adjudicataire le demandent (Code de proc., art. 684). D'où vient cela? c'est qu'en faisant pratiquer une saisie immobilière, les créanciers exercent une action directe, et non une action oblique. En effet, quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers; et les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers (C. civ., art. 2092 et 2093). Lors donc que des créanciers viennent faire saisir des biens qui sont en la possession de leur débiteur, ils usent d'un droit que leur donne directement la loi, ils n'empruntent pas le droit de leur débiteur pour le faire saisir; ils exercent leur droit propre, à eux directement conféré par la loi : donc ils ne sont pas les représentants ou les ayant-cause de leur débiteur; donc le locataire ou fermier qui veut paralyser leur action directe, ne peut les faire considérer comme les ayant-cause de leur débiteur quant aux baux par acte sous seing privé sans date certaine.

L'acquéreur d'un immeuble par acte sous seing privé non enregistré, est-il un tiers ou un ayant-cause par rapport aux créanciers de son vendeur? Il faut distinguer : cet acquéreur veut opposer son acte de vente à des créanciers hypothécaires de son vendeur, ou à la masse des créanciers cédulaires de ce même vendeur tombé en faillite. Au premier cas, l'acte ne fera aucune foi de sa date; au second cas, il pourra faire foi.

Pourquoi l'acte de vente sous seing privé ne fait-il aucune foi à l'égard du créancier hypothécaire du vendeur? par la raison que, ce créancier tenant son droit hypothécaire de la loi, il n'agit pas

par l'action oblique, mais par l'action directe, contre le tiers détenteur. En effet, l'hypothèque confère à celui qui l'a obtenue un droit de préférence et un droit de suite. Lors donc que le créancier s'adresse au tiers détenteur, il exerce une action directe qui vient de la loi elle-même; il n'est pas uniquement le représentant ou l'ayant-cause de son débiteur. Sans doute il faut bien qu'à une époque antérieure à l'hypothèque, le débiteur ait été propriétaire de l'immeuble pour que le droit hypothécaire ait fait impression sur cet immeuble; mais il suffit, pour le créancier hypothécaire, de prouver que ce droit de propriété a existé sur la tête de son débiteur à une époque antérieure; il n'a pas besoin de prouver sa continuation permanente à l'encontre de l'acquéreur par acte sous seing privé, pour être admis à l'exercice de l'action hypothécaire, qui est directe et non oblique. Donc il n'est pas l'ayant-cause de son débiteur; donc le tiers acquéreur ne peut lui opposer la date de son acte sous seing privé.

S'agit-il, au contraire, de la masse des créanciers cédulaires du vendeur tombé en faillite après une vente d'immeuble par acte sous seing privé non enregistré, mais suivi de translation de possession? L'acte leur sera opposable [1], parce que l'action des créanciers est oblique et non directe. Au moment où s'ouvre la faillite, les créanciers cédulaires, n'ayant point de droit de suite, ne peuvent exercer d'action directe sur les immeubles qu'ils ne trouvent plus entre les mains de leur débiteur; ils ne peuvent arriver à eux par l'action directe, puisqu'ils n'ont point d'hypothèque pour leur conférer le droit de suite; ils ne peuvent donc user que de l'action oblique; mais alors ils se constituent les représentants et les ayant-cause de leur débiteur; et l'acte de vente sous seing privé peut faire foi de sa date à leur égard.

S'il s'agit de deux acquéreurs dont l'un a en sa faveur un acte authentique ou ayant date certaine, et l'autre un acte sous seing privé non enregistré, lequel des deux doit l'emporter? Il faut dire que c'est l'acquéreur par acte authentique, parce que, de même que le créancier hypothécaire, il use de l'action directe, tandis que l'acquéreur par acte sous seing privé sans date cer-

[1] *V.* en ce sens, C. cass., 15 juin 1843 (Sir., 43, I, 467), contenant rejet d'un arrêt de la cour royale de Dijon du 27 janvier 1842.

taine est obligé d'emprunter les droits de son vendeur et d'agir par l'action oblique ; il ne peut toucher les tiers qu'en passant par l'intermédiaire de son vendeur et en se mettant à sa place ; au lieu que l'acquéreur par acte authentique, ayant un droit absolu, agit directement en vertu des dispositions de la loi.

S'agit-il d'un acquéreur de choses mobilières corporelles, on n'a plus à s'occuper de la date de son acte d'acquisition pour savoir s'il est un tiers ou un ayant-cause de son vendeur ; sa position se trouve réglée par deux principes spéciaux, savoir : qu'en fait de meubles la possession vaut titre (art. 2279 C. civ.) ; et, par voie de conséquence, que si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer successivement à deux personnes est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi (art. 1141 C. civ.). Celui qui est mis le premier en possession, ayant un droit propre en vertu des articles cités, use de l'action directe pour se défendre contre ceux qui voudraient l'inquiéter, sans qu'il ait besoin d'emprunter les droits de son vendeur ; au contraire, celui qui n'a pas été mis en possession est réduit à invoquer les droits de son vendeur ; il agit donc par voie oblique ; il est donc un ayant-cause, tandis que le premier mis en possession est un tiers.

Quant aux transports des créances, le droit propre de l'acquéreur, son droit absolu, ne prend naissance que par la signification du transport au débiteur, ou par l'acceptation authentique de celui-ci (art. 1690, C. civ.). En conséquence, de deux cessionnaires de créances, l'un par acte non signifié ni accepté, et l'autre par un acte signifié ou accepté, le premier sera un ayant-cause du cédant, parce qu'il n'a aucun droit absolu vis-à-vis des tiers, il ne peut qu'emprunter les droits de son cédant dont il se constitue le représentant en usant de l'action oblique ; le second sera un tiers, parce qu'ayant en vertu de la loi un droit propre et absolu, il use de l'action directe pour se faire reconnaître propriétaire de la créance.

On demande si un interdit est un ayant-cause ou un tiers dans le sens des articles 1322 et 1328, par rapport aux actes sous

seing privé émanés de lui, et portant une date antérieure à son interdiction? C'est une question très-controversée; pour moi, je n'y vois point de difficulté; l'interdit est le représentant universel de sa personne avant son interdiction; il a continué d'être tenu de toutes ses charges; il n'a acquis que le droit de faire annuler les actes postérieurs à l'interdiction ou à sa cause notoire (art. 502 et 503); donc, pour tous les autres, il est le représentant et l'ayant-cause de sa personne; il ne peut avoir d'action directe et se constituer un tiers par rapport à ses actes, qu'en prouvant qu'ils ont été faits dans les conditions déterminées par la loi, c'est-à-dire en établissant la fausseté des actes émanés de lui avec une date apparente antérieure à la cause de l'interdiction.

Ce que je viens de dire de l'interdit s'applique également à celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire, toutes les fois qu'il s'agira d'un acte fait par lui seul, et qu'il n'aurait droit de faire qu'avec l'assistance de son conseil judiciaire. Les raisons de douter et de décider sont les mêmes que pour l'interdit, quant aux actes portant une date antérieure à la dation du conseil judiciaire.

A l'égard de la femme mariée sous le régime de la communauté, l'article 1410 du Code civil se montre fidèle à la règle qui me sert de guide. La communauté, et le mari qui en est le maître, acquiert un droit absolu sur toutes les choses qui y sont entrées du chef de la femme. Le mari a donc un droit propre pour faire valoir ses droits à l'encontre de ceux qui voudraient y porter atteinte; il use de l'action directe que lui confère la loi à cet effet; il est donc un tiers à l'égard de ceux des créanciers de la femme qui se présenteraient munis d'actes sous seing privé avec des dates antérieures au mariage. Mais, à l'égard de la femme devenue commune, elle est la continuation de la personnalité qu'elle avait avant son mariage; elle est donc son ayant-cause, et ne pourrait, comme telle, avoir d'actions directes pour repousser ses propres créanciers, bien qu'ils n'aient point d'actes ayant date certaine; elle ne peut user contre eux que de l'action qu'elle tire de sa personne antérieure au mariage, au lieu de laquelle elle se trouve activement et passivement. Donc elle sera un ayant-cause, tandis que son mari sera un tiers vis-à-vis de ses créanciers antérieurs. C'est aussi ce que décide l'article 1410.

Que sont dans une faillite les créanciers cédulaires porteurs d'actes sous seing privé non enregistrés, les uns à l'égard des autres? Sont-ils des tiers ou des ayant-cause? En d'autres termes, les syndics peuvent-ils dénier la date de ces actes, et rejeter sur les créanciers qui en sont porteurs la preuve de la sincérité de ces mêmes actes? Il faut répondre que tous sont des ayant-cause du débiteur les uns par rapport aux autres, et que leurs actes font foi qu'ils ont été souscrits avant la faillite, sauf la preuve contraire. Les créanciers cédulaires n'ont point de droit propre et absolu sur la masse des biens de leur débiteur; ils n'ont que l'espérance, commune à tous, de se faire payer sur le prix de cette masse, si elle n'est pas aliénée avant l'exercice de leurs droits. La déclaration de faillite n'opère pas un transport de droits et une mutation de personnes; le débiteur après sa faillite est toujours la continuation de sa personne, de même que l'interdit, celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire et la femme mariée, ne font que continuer leur personnalité antérieure. Le failli est son propre ayant-cause et non un tiers, par rapport aux actes qu'il avait souscrits avec une date antérieure à la faillite.

J'arrive maintenant à l'article 42 du Code de commerce, qui donne lieu à des difficultés du même genre, et sur lequel les arrêts et les auteurs me paraissent se fourvoyer étrangement. Cet article prescrit des mesures de publicité pour les sociétés en nom collectif et en commandite. Puis il ajoute : « Ces formalités seront observées à peine de nullité *à l'égard des intéressés*, » mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé *à des tiers* » par les associés. » Que doit-on entendre par *tiers* et par *intéressés*, dans le sens de cet article? Les créanciers *personnels* de chacun des associés sont-ils des tiers auxquels la société non publiée ne puisse être opposée?

Supposons, ce qui arrive fort souvent, qu'une société en nom collectif se soit formée par un acte sous seing privé non enregistré ni publié conformément aux dispositions de l'article 42 du Code de commerce; mais qu'elle ait annoncé son existence par des circulaires commerciales; qu'elle ait eu une existence patente, et qu'elle ait fait un grand nombre d'actes sous sa raison sociale; puis qu'elle soit tombée en faillite, étant en possession d'un actif

mobilier plus ou moins considérable, mobilier distinct de celui des associés, placé dans un établissement social séparé : à qui appartiendra le prix de cet actif? Sera-t-il distribué aux créanciers de la société, à l'exclusion des créanciers personnels de chacun des associés? Ou bien, au contraire, les créanciers personnels de ces associés seront-ils admis à venir concourir avec les créanciers sociaux sur le prix de l'actif de la société en faillite?

Il n'y aurait point de difficulté si l'acte de la société avait été publié conformément aux dispositions de l'article 42. Tous les auteurs sont d'accord que les sociétés commerciales en nom collectif forment un être moral ayant une existence distincte et séparée de celle des membres individuels qui en font partie, et que, dès lors, les créanciers sociaux ont un droit de préférence sur l'avoir social à l'encontre des créanciers personnels de chacun des associés. Cela n'empêche pas les créanciers sociaux de concourir sur les biens propres des associés avec leurs créanciers personnels [1]. Tout cela dérive du jeu de l'action personnelle dont les effets sont réglés par l'article 2092 du Code civil, et de la distinction entre l'action directe et l'action oblique. Les créanciers sociaux ont l'action directe sur l'avoir social et sur celui des associés, puisqu'ils ont traité avec la société et avec chacun de ses membres, que la loi déclare solidairement obligés (art. 22 C. comm.) en vertu du mandat qu'ils ont donné à celui ou à ceux qui avaient la signature sociale. Les créanciers personnels de chaque associé ne peuvent avoir que l'action oblique pour arriver à la part de leur débiteur dans la société; ils sont donc ses ayant-cause, et, comme tels, ils doivent payer sa part dans les dettes avant de rien prendre pour eux dans l'actif.

La circonstance que l'acte de société en nom collectif n'a pas été publié peut-elle changer ces résultats? La question revient à celle de savoir ce que l'on doit entendre par *tiers* et par *intéressés* dans le sens de l'article 42 cité. On doit entendre par *intéressés* les associés et leurs ayant-cause; et par *tiers* les créanciers de la société.

Tout le monde est d'accord que les créanciers de la société

[1] *V.* C. cass., 18 octobre 1814; Sir., 15, I, 78.

sont des tiers dans le sens de cet article; cela résulte manifestement de la discussion qui a eu lieu au conseil d'État lors de la confection du Code de Commerce, et la jurisprudence est invariable sur ce point. D'où vient cela? C'est que les créanciers sociaux ont une action directe sur l'actif social; il leur suffit que la société ait une existence de fait et qu'elle possède des biens, pour qu'ils puissent venir exercer leurs droits sur ces biens en vertu des articles 2092 et 2093 du Code civil.

Quant aux créanciers personnels des associés, la question fait plus de difficulté et me semble généralement mal comprise. Sans entrer dans la discussion des opinions des auteurs et des arrêts, voici la distinction qui me paraît nécessaire pour lever toutes les difficultés. Ou la société a la possession patente, distincte, des choses qui constituent son actif; ou elle n'a pas cette possession. Au premier cas, les créanciers personnels de chacun des associés sont des ayant-cause, ou, ce qui est la même chose, des intéressés dans le sens de l'article 42; au second cas, ils sont des tiers. C'est faute d'avoir reconnu cette distinction qu'il y a tant d'incertitude sur ce point dans les auteurs et dans les arrêts.

Je conviens que, lorsque la société non publiée légalement n'est pas en possession de son actif, les créanciers personnels de chacun des associés sont des tiers, auxquels on ne peut opposer l'acte social, même de la part des créanciers de la société, afin d'attribuer à ceux-ci un droit de préférence. C'est ce qui a été jugé avec raison par la cour de cassation; pourquoi cela? Parce qu'alors les créanciers sociaux ne peuvent user que de l'action oblique pour arriver aux biens qui sont en la possession de chaque associé; ils excipent de l'existence de la société, et se constituent demandeurs à l'effet d'établir son existence. Les créanciers personnels de chaque associé ont pour eux la possession de leur débiteur et la disposition de la loi qui leur permet de faire valoir leurs droits sur tous les biens de celui-ci (art. 2092 et 2093 C. civ.); ils usent alors de l'action directe résultant du droit que leur confère la loi; il leur suffit de dénier l'existence de l'acte social invoqué par les créanciers sociaux; ils n'ont rien à prouver pour justifier leur dénégation.

Au contraire, dans le cas où la société, même non légalement

publiée, possède en son nom social un établissement distinct et séparé de celui des associés, les rôles changent, l'action directe appartient aux créanciers sociaux, et les créanciers personnels des associés n'ont plus qu'une action oblique. Les premiers, ayant la possession en leur faveur, n'ont rien à prouver : il leur suffit d'invoquer l'exercice direct du droit que la loi donne à tout créancier sur les biens possédés par son débiteur, qui est ici la société. Quant aux créanciers personnels, comment pourraient-ils se dire des tiers, et à quoi leur servirait un pareil langage? Ils ne peuvent arriver aux biens de la société qu'en excipant de son existence, afin d'user des droits que leur débiteur peut y avoir. Mais alors, évidemment, ils exercent une action oblique, puisqu'ils sont forcés de passer par l'intermédiaire de leur débiteur pour arriver à la société ; ils se constituent donc les représentants ou les ayant-cause de ce même débiteur. Il ne leur suffit point de jouer un rôle passif et de dénier l'existence de la société ; cela ne leur donnerait pas de droit sur des biens qui ne sont point en la possession de leur débiteur ; nier cette existence, ce serait s'exclure de tout droit sur l'actif social : si donc les créanciers personnels des associés sont forcés d'invoquer l'existence de la société, ils la prennent avec son passif, puisqu'ils n'ont qu'une action oblique comme représentants de leur débiteur : donc alors les créanciers sociaux doivent être payés sur l'actif social par préférence aux créanciers personnels des associés. Voilà ce que n'ont pas su démêler les auteurs ni les arrêts.

On voit comment la règle posée au commencement de cette dissertation résout toutes les difficultés sur la matière si obscure et si embrouillée jusqu'ici des ayant-cause et des tiers.

SERRIGNY.

La capacité de l'étranger qui contracte en France avec un Français doit-elle se déterminer d'après la loi du pays auquel cet étranger appartient, ou d'après la loi française ?

Par M. MATHIEU-BODET, docteur en droit, avocat aux conseils du roi et à la cour de cassation [1].

L'application des principes de cette partie du droit international qui règle les rapports civils des citoyens de nations différentes, et d'après laquelle on décide les conflits entre le droit privé de chaque pays, donne naissance à des questions délicates. Doit-on décider ces questions d'après les principes immuables de l'équité, d'après les règles du droit abstrait, antérieur, qui existe indépendamment de toute formule positive; ou, au contraire, doit-on les résoudre d'après les convenances de chaque nation, et d'après l'intérêt de celui des contractants qui appartient au pays devant la juridiction duquel le procès est pendant? — La solution de ces difficultés a plus d'influence qu'on ne le pense généralement sur la civilisation générale et sur les bons rapports des peuples.

La question qui vient d'être posée se rattache à cet ordre d'idées.

Indépendamment des considérations que je viens d'indiquer, et qui lui servent en quelque sorte de cadre, cette question m'a paru offrir un sérieux intérêt, moins encore à raison de la difficulté de sa solution et de la complexité des principes d'où cette solution dérive, qu'à cause du caractère pratique que lui ont donné, depuis quelques années, les relations nouvelles créées par la paix, la civilisation, le commerce, l'industrie, entre les divers peuples de l'Europe, et même du monde entier. Et cet intérêt s'accroît encore de l'incertitude de la jurisprudence et de la diversité des opinions des auteurs qui se sont occupés de cette difficulté.

[1] Cette question a été l'objet d'un rapport fait par notre collaborateur M. Mathieu-Bodet à la conférence de l'ordre des avocats à la cour royale de Paris, dont il était un des secrétaires. Nous publions avec empressement sa dissertation.

Avant d'entrer dans l'examen successif des deux faces de la question, il me paraît utile, pour empêcher qu'on ne s'égare et pour éviter des équivoques, de déterminer la limite de la discussion et d'en préciser les éléments. On comprend sans peine que la connaissance des lois des autres pays relatives à la capacité des étrangers qui contractent sur leur territoire, ne soit pas sans importance dans cet examen. Mais cependant, si l'on veut chercher des motifs de solution dans les législations étrangères anciennes ou modernes, il faut nécessairement tenir compte du degré de civilisation de chaque nation, de ses rapports habituels avec les autres peuples, de sa constitution politique et de ses institutions sociales. Le droit international subit l'influence de tous ces faits. Il existe en effet, entre les mœurs, les institutions d'un État et ses lois particulières, corrélation, harmonie. Par conséquent, l'État qui aurait des mœurs, une constitution différentes de la constitution et des mœurs de la France, aurait nécessairement des lois spéciales pour ce qui concerne la capacité des étrangers opposées à celles de notre pays. En l'absence de dispositions suffisantes sur ce point, nous ne pourrions combler les lacunes de notre législation en invoquant par analogie les lois étrangères dont nous venons de parler; les raisons de décider ne seraient pas les mêmes.

Il est bien évident qu'un peuple qui s'enferme dans son territoire, qui élève en quelque sorte des barrières contre les visites des étrangers, ne doit pas avoir à leur égard une législation aussi libérale, aussi hospitalière que celui qui s'efforce de les appeler chez lui dans l'intérêt de son commerce, de sa civilisation et de sa politique. Il n'est pas douteux encore qu'une nation pour laquelle les étrangers sont des barbares, avec qui elle ne veut avoir d'autre contact que sur les champs de bataille, ne peut pas avoir une loi aussi humaine, aussi juste, que celle qui considère l'humanité comme une grande famille, qui cherche à répandre parmi ses voisins la liberté, les lumières et les richesses.

De même sous l'empire de la loi féodale, qui matérialisait les individus, qui les tenait attachés au sol, la capacité des personnes devait être naturellement régie autrement que par les législations spiritualistes et démocratiques de celles des nations

modernes qui les ont affranchies de toute espèce de servitude.

Un examen rapide des institutions qui ont précédé le Code civil nous fournira la justification des observations que je viens de présenter.

Je commence par la législation romaine.

Non-seulement les Romains ne déterminaient pas, d'après les lois de sa nation, la capacité de l'étranger qui avait contracté avec un citoyen sur le sol de la république, ils lui fermaient même d'une manière absolue les portes du temple de la justice. Un étranger ne pouvait demander devant un tribunal romain l'exécution d'une obligation qui lui aurait été consentie en quelque lieu que ce fût, même en se soumettant à l'application des lois romaines; il ne pouvait invoquer la protection de la justice qu'autant qu'il appartenait à une nation avec laquelle Rome était unie par un traité diplomatique; alors seulement il devenait justiciable des tribunaux de Rome, et était régi, quant à sa personne et à ses biens, par cette partie de la loi romaine que les jurisconsultes appelaient *droit des gens*, parce qu'il était commun à toutes les nations, et par opposition au droit civil, qui ne concernait que les citoyens romains. Plus tard, lorsque Justinien eut supprimé les différences qui pouvaient encore exister à cette époque entre les citoyens romains et les étrangers, ceux-ci furent soumis d'une manière absolue, comme les nationaux, à l'application de la législation romaine.

Il ne faut pas croire cependant que les Romains aient complétement ignoré la théorie des statuts réels et personnels, que nous trouverons formulée scientifiquement quelques siècles plus tard. Ils avaient, au contraire, rendu hommage à cette distinction en l'appliquant dans quelques cas particuliers : ainsi, lorsque des questions d'état, de successions, et quelques autres encore que je crois inutile d'énumérer, s'élevaient entre des étrangers appartenant à la même nation, le juge romain qui était appelé à statuer sur la difficulté, appliquait à ces étrangers la loi de leur pays.

Les choses restèrent dans cet état, dans l'étendue des pays régis par cette législation, pendant toute la durée de la domination romaine; mais, après que les peuples du Nord eurent détruit

l'empire romain et envahi l'Occident, elles changèrent complétement de face; le système de la souveraineté territoriale, qui dominait à peu près exclusivement à Rome, comme je viens de le dire, fit place au système des lois personnelles appliqué aux choses et aux individus d'une manière absolue. « C'est un caractère particulier des lois barbares, dit Montesquieu [1], qu'elles ne furent point attachées à un certain territoire : le Franc était jugé par la loi des Francs, l'Allemand par la loi des Allemands, le Bourguignon par la loi des Bourguignons, le Romain par la loi romaine; et, bien loin qu'on songeât dans ces temps-là à rendre uniformes les lois des peuples conquérants, on ne pensa pas même à se faire législateur du peuple vaincu..... Tous ces peuples, dans leur particulier, étaient libres et indépendants; et quand ils furent mêlés, l'indépendance resta encore : la patrie était commune et la république particulière; le territoire était le même et les nations diverses. L'esprit des lois personnelles était donc chez ces peuples avant qu'ils partissent de chez eux, et ils le portèrent dans leurs conquêtes. »

On comprend que ce caractère de personnalité absolue qui distinguait les lois barbares se soit effacé graduellement par le fait seul du temps. Ces peuples divers, constamment en contact, ont dû nécessairement se mêler, se confondre, de manière à rendre très-difficile, sinon impossible, la constatation de l'origine de chaque individu. Par la force même des choses, la législation territoriale a dû absorber les législations personnelles et s'établir sur leurs ruines : c'est ce qui eut lieu. L'établissement de la féodalité, d'ailleurs, seconda particulièrement cette espèce de révolution dans les lois du moyen âge. Les vassaux étaient considérés comme l'accessoire de la terre féodale, et par conséquent on leur appliquait, comme aux immeubles dont ils dépendaient, la loi du pays où ces immeubles étaient situés; insensiblement ces principes furent étendus aux terres non féodales, et le statut réel reçut une immense extension.

Cependant, après s'être établis sur la partie occidentale de l'Europe, autrefois soumise à la domination romaine, les peuples

[1] Esprit des lois, liv. XXVIII, chap. 11.

du Nord formèrent de petits États indépendants qui furent dans la suite régis par des coutumes spéciales. Ces peuples, d'une commune origine, continuèrent, quoique séparés, à avoir des relations fréquentes entre eux. Leurs rapports donnèrent naissance à de nombreux conflits entre leurs diverses législations, dont les dispositions se trouvaient quelquefois en opposition directe. La nécessité de donner la préférence à une coutume sur une autre coutume amena la distinction entre le statut réel et le statut personnel, dont l'application devint très-usuelle par l'accroissement des communications internationales.

Du XVI[e] au XVIII[e] siècle, le droit se dégage de son enveloppe grossière. La méthode rationnelle et l'esprit d'examen, qui caractérisent d'une manière si éclatante cette époque de rénovation, sont appliqués aux études juridiques par les grands jurisconsultes de ces deux siècles. Le droit se généralise et revêt sous leur plume une forme scientifique. Les statuts personnels et réels sont alors circonscrits dans une formule précise. Pour connaître leurs caractères, leur étendue et leurs effets, il faut recourir aux ouvrages de ces illustres savants qui ont fixé les bases de notre droit : Boullenois, Bouhier, d'Argentré, Dumoulin, d'Aguesseau. « Les statuts réels, dit le chancelier d'Aguesseau [1], sont ceux qui ont rapport à la qualité et à la nature des biens dont on peut disposer, qui, par exemple, défendent de donner plus d'une certaine quotité des propres, ou qui en interdisent la disposition d'une manière absolue, qui ne permettent que celle d'une partie des acquêts. Ces lois ont un rapport direct avec les biens ; elles sont indépendantes de la capacité de la personne.

» Les statuts personnels, au contraire, sont ceux qui affectent la personne, qui forment ce que l'on appelle son état, qui la rendent incapable, non pas de disposer de tels et tels biens, mais de contracter, mais de tester, mais de faire tels et tels actes ; en sorte que l'acte est nul en soi et indépendamment de son exécution. Telle est la loi de l'autorisation pour les femmes. En quelque lieu que soient situés les biens d'une femme domiciliée dans la commune de Paris, elle ne peut les obliger sans être autorisée,

[1] D'Aguesseau, 54[e] plaidoyer.

parce que la capacité ou l'incapacité qui affecte la personne se répand sur tous les biens. Telle est encore l'interdiction dans un prodigue. »

Ce passage du chancelier d'Aguesseau contient la définition exacte du statut réel et du statut personnel. Mais comment devait-on appliquer chacun de ces statuts?

S'il s'agissait d'une difficulté relative à la qualité et à la nature des biens, on ne devait consulter que la loi du pays dans lequel les biens étaient situés, sans distinguer si les individus qui avaient des droits à exercer sur ces objets étaient nationaux ou étrangers.

Si la difficulté s'élevait, au contraire, sur l'état et la capacité des personnes, on appliquait la loi du pays auquel elles appartenaient : « Par un concours général des nations, dit Boullenois [1], les statuts qui règlent l'état et la condition des personnes se portent dans toutes les coutumes. Elles ont établi entre elles, à cette occasion, une espèce de droit de parcours, pour le plus grand bien du commerce et de la société d'entre les hommes. »

Tel est, quoique imparfaitement tracé, l'historique de la distinction que font les auteurs entre les lois personnelles et les lois réelles; j'ai dû présenter l'état de la science sur ce point, dans toute la période qui a précédé la rédaction de nos Codes.

Ce long préambule m'a paru nécessaire, pour ne pas interrompre, ni ralentir ensuite, l'exposé des principales raisons qui militent en faveur de l'affirmative et de la négative sur la question.

Peut-être serait-il nécessaire de faire avant tout examen la distinction, admise par quelques jurisconsultes, entre le cas où la capacité de l'étranger qui a contracté en France avec un Français est déterminée, dans son pays, d'après le droit commun, d'après les lois générales, et le cas où sa capacité est restreinte par des actes particuliers, tels qu'un jugement d'interdiction ou de dation de conseil judiciaire. Peut-être, dans cette dernière hypothèse, la question devrait-elle recevoir une solution différente. Mais je ne puis entrer dans toutes les distinctions que peut présenter l'étude de cette question; je dois me borner, pour

[1] Tit. 1, chap. 3, obs. 9 et 10.

rester dans de justes limites, à la considérer seulement sous un point de vue général. Je ne me dissimule pas que je laisse encore bien d'autres points à explorer; mon but est plutôt de tracer le cadre de la discussion que de l'épuiser par un examen complet.

Je vais donc examiner la question seulement d'une manière générale.

En faveur de l'affirmative on raisonne ainsi :

Les anciens jurisconsultes français, dont nous sommes habitués à respecter la légitime autorité, attestent unanimement, comme nous venons de le voir dans les explications qui précèdent, que d'après notre ancien droit la loi personnelle, c'est-à-dire celle qui réglait l'état et la capacité, suivait l'étranger sur le territoire de la France, de même que la capacité et l'état du Français étaient réglés, même à l'étranger, par la législation de notre pays. Cette distinction capitale, faite entre les lois personnelles et les lois réelles, est commandée par la raison elle-même : « Il serait contradictoire, dit Rodenburg [1], qu'un individu changeât d'état et de condition toutes les fois qu'un voyage l'amène dans un autre endroit; que dans le même moment il fût majeur ici, mineur là; que la femme fût en même temps soumise à la puissance maritale et libre de cette puissance; qu'un individu fût considéré dans un lieu comme interdit, et dans un autre lieu comme capable de tous les actes de la vie civile. »

Craindrait-on, en déterminant la capacité de l'étranger, lorsqu'il contracte en France, par la loi du pays auquel il appartient, de porter atteinte à la souveraineté de la nation française, de donner à la volonté du législateur étranger plus de force, plus d'efficacité qu'à celle du législateur français? Ce serait à tort qu'on s'arrêterait à ce scrupule, fondé sur une fausse appréciation des principes de la matière. Lorsqu'un tribunal français applique la loi d'une autre nation à l'état ou à la capacité d'un individu appartenant à cette nation, il ne faut pas croire qu'il exécute, à proprement parler, une législation étrangère; il suit au contraire, en réalité, la volonté du législateur français. En règle

[1] T. I, ch. 3, n° 4.

générale, la loi des autres peuples doit s'arrêter à la frontière de leur territoire ; elle ne doit pas s'étendre sur le nôtre. Cependant on conçoit aisément que la France en vue d'un intérêt universel, et de son intérêt propre bien entendu, accepte, dans certains cas donnés, l'application sur son territoire des dispositions des lois étrangères. Alors il est évident que ces lois tiennent leur force obligatoire de la souveraineté française, et non pas de la souveraineté d'un autre peuple : « L'extension des coutumes, dit le président Bouhier [1], a quelquefois été admise en faveur de l'utilité publique, et souvent même par une espèce de nécessité. Quand les peuples voisins ont souffert cette extension, ce n'est point qu'ils se soient vus soumis à un statut étranger ; c'est seulement parce qu'ils y ont trouvé leur intérêt particulier, en ce qu'en pareil cas leurs coutumes ont le même avantage dans les provinces voisines. On peut donc dire que cette extension est fondée sur une espèce de droit des gens et de bienséance, en vertu duquel les différents peuples sont tacitement demeurés d'accord de souffrir cette extension, toutes les fois que l'équité ou l'utilité commune le demanderaient. »

Ce qui était admis dans notre ancien droit, ce qui est raisonnable et logique maintenant comme alors, pourquoi ne le déciderions-nous pas sous la législation actuelle? Le Code civil ou quelque autre loi s'y opposerait-il? C'est ce que nous allons examiner.

Portalis, en présentant l'article 3 du Code civil, le 4 ventôse an XI, au Corps législatif, rendait hommage à cette distinction fondamentale que la nature des choses a établie entre la loi réelle et la loi personnelle, et exprimait la différence qui doit exister dans l'étendue de l'application de l'une et de l'autre. Il disait, en parlant des lois personnelles : « Elles suivent la personne partout. Ainsi la loi française, avec des yeux de mère, suit les Français jusque dans les régions les plus éloignées; elle les suit jusqu'aux extrémités du globe. »

Les remaniements qu'a subis la rédaction de l'article 3, par suite des attaques dont elle fut l'objet de la part des assemblées

[1] Obs. sur la cout. de Bourgogne, p. 457.

qui composaient alors le pouvoir législatif, tendent aussi à établir la légalité de l'application à faire par les tribunaux français, des lois étrangères réglant l'état et la capacité de l'étranger qui a contracté en France. Dans une première rédaction présentée au conseil d'État le 4 thermidor an IX, l'article 3 était ainsi conçu : *La loi oblige indistinctement tous ceux qui habitent le territoire français.* Cette rédaction fut vivement combattue par Tronchet, par ce motif principal « qu'elle était trop générale, que l'étranger n'est pas soumis aux lois civiles réglant l'état des personnes, » et le résultat définitif de cette discussion fut de faire retrancher le mot *indistinctement* de l'article, qui fut adopté avec cet amendement et présenté ainsi au Corps législatif et au Tribunat. Au Tribunat cette rédaction, modifiée comme nous venons de le dire, parut *encore extrêmement vicieuse* (c'est l'expression textuelle du rapport), soit parce qu'elle était trop incomplète sous un point de vue, soit parce qu'elle était trop vague sous un autre.

Ce travail n'eut pas d'autre suite, le projet dont cet article faisait partie ayant été retiré par le gouvernement.

L'année suivante on présenta une rédaction nouvelle. Dans ce nouveau projet trois articles réglaient la matière qui nous occupe :

L'article 3 ainsi conçu : « La loi oblige tous ceux qui habitent » le territoire.

» La forme des actes est réglée par la loi du pays où ils sont » faits ou passés. »

L'article 16 : « L'étranger pendant sa résidence ou son séjour » en France, y sera personnellement soumis aux lois de police » et de sûreté ; les immeubles qu'il y possédera seront régis par » la loi française lors même qu'il n'y résidera pas. »

L'article 18 : « Le Français résidant en pays étranger conti- » nuera d'être soumis aux lois françaises pour ses biens situés en » France et pour tout ce qui concerne son état et la capacité de sa » personne. »

Lorsque cette nouvelle rédaction fut présentée au Tribunat, des objections s'élevèrent contre l'ensemble de ces dispositions ; on prétendit notamment que les termes de ce nouvel article 3

étaient *trop vagues et pouvaient prêter à des raisonnements faux et dangereux*. Ainsi en disant, d'une manière générale, que la loi oblige tous ceux qui habitent le territoire, cet article pouvait faire penser que les ambassadeurs et les autres agents diplomatiques des puissances étrangères étaient soumis en France à toutes les lois indistinctement, de même que les simples étrangers étaient, pendant leur séjour en France, régis par les lois françaises quant à leur état, à leur capacité et à leur fortune mobilière, ce qui cependant ne devait pas être, d'après les principes de l'ancien droit français et d'après la déclaration formelle de Tronchet au conseil d'État.

Ces sages critiques du Tribunat donnèrent lieu à une rédaction nouvelle qui remplaça définitivement les articles 3, 16 et 18 du projet, et qui forme actuellement l'article 3 du Code civil, ainsi conçu : « Les lois de police et de sûreté obligent tous » ceux qui habitent le territoire.

» Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, » sont régis par la loi française.

» Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régis» sent les Français, même résidant en pays étranger. »

Il est vrai que cette nouvelle rédaction ne s'occupe pas d'une manière explicite de la capacité des étrangers qui contractent sur le territoire de la France ; mais la généalogie de l'article 3, telle que je viens de l'exposer, n'établit-elle pas d'une manière suffisante que, dans la pensée du législateur du Code civil, il avait été bien entendu que la capacité de l'étranger contractant en France serait déterminée par la loi étrangère, comme celle des Français contractant sur le territoire d'une autre nation le serait par la loi française?

Il est même difficile d'admettre qu'il ait voulu qu'il en fût autrement. La capacité civile est le résultat d'une déclaration faite *à priori* par le législateur qui décide, d'une manière générale, que lorsque les citoyens auront atteint un âge déterminé ils seront capables de contracter, ils seront majeurs. Avant de proclamer cette règle générale, il a pris en considération la capacité de fait de chaque individu, la précocité du développement de son intelligence, de la maturité de son jugement. La fixation de la

majorité ou de la capacité légale n'est que la généralisation des résultats de cette analyse préalable. La détermination de la majorité n'est donc pas un fait arbitraire, de pur caprice; elle est fondée sur l'état intellectuel ordinaire des individus, qui est plus ou moins précoce, plus ou moins tardif suivant le climat, les habitudes, le système d'instruction et d'éducation, les institutions politiques de chaque pays. Si ces considérations sont vraies, il est donc naturel et logique de régler la capacité des personnes d'après la loi de leur nation, et non d'après celle du pays où le hasard peut les avoir conduits. L'intelligence des habitants du Nord ne se développe pas si promptement que celle des habitants du Midi. Les soumettre à la même règle, c'est ne tenir aucun compte de leur état réel, c'est violenter les faits, c'est même commettre une grave iniquité : car on déclare capables de s'obliger des individus qui en fait ne le sont pas, qui n'ont pas été reconnus tels par le législateur de leur pays, plus compétent, en ce point, qu'un législateur étranger.

Grotius, il est vrai, soutenait dans l'ancien droit que la loi territoriale, réglant la capacité des personnes, devait s'appliquer aux étrangers comme aux nationaux. Mais l'opinion de Grotius, repoussée d'ailleurs par nos anciens jurisconsultes français, ne peut être opposée, comme objection sérieuse, au système que j'expose en ce moment. Car s'il n'est pas démontré que l'article 3 du Code civil ait voulu adopter l'ancienne théorie des statuts réels et personnels, il est au moins certain qu'il n'a pas voulu non plus admettre l'opinion de Grotius, c'est-à-dire la souveraineté absolue de la loi territoriale, puisque cet article dit d'une manière explicite, dans son § 3, que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.

Personne ne peut contester d'ailleurs l'avantage qui résulterait, dans les relations internationales, de l'application aux individus de la loi de leur pays en ce qui concerne leur état et leur capacité. On ne serait plus exposé à l'inconvénient que j'ai déjà signalé, de voir des individus changer d'état et de condition chaque fois qu'ils franchissent telle ou telle frontière. La plus grande partie des États de l'Europe ont consacré, dans leur législation, l'ap-

plication du statut personnel aux étrangers qui contractent sur leurs territoires. On peut citer l'Autriche, la Prusse, la Bavière, Bade, Berne, Genève et les États pontificaux. Pourquoi la France ne donnerait-elle pas de même ce salutaire exemple et n'admettrait-elle pas ces sages principes?

Quelques États ont adopté à la vérité le système de l'application exclusive et absolue de la loi territoriale; mais cela tient à cette circonstance que ces États ont conservé, à peu près intacts, les souvenirs et les principes de la féodalité; nous ne pourrions les imiter sous le rapport dont il s'agit, qu'en faisant violence à nos idées et à nos institutions.

De quoi peut se plaindre, en définitive, le Français qui a contracté avec un étranger, lorsque celui-ci excipe de son incapacité? Il devait s'enquérir, avant de contracter, de la condition de la personne qui a consenti un engagement en sa faveur : car il est présumé connaître sa nationalité, sa capacité, suivant cette sage maxime : *Qui cum alio contrahit*, *vel est*, *vel debet esse non ignarus conditionis ejus*.

Je ne veux pas dire que les nationaux soient obligés d'étudier toutes les législations étrangères; il n'y a pour eux aucune obligation à cet égard. La maxime d'après laquelle personne n'est censé ignoré la loi, ne s'applique qu'à la loi du pays. Cependant celui qui contracte avec un étranger doit s'assurer, préalablement, que cet étranger réunit les conditions de capacité nécessaires pour s'engager valablement; personne ne le force à contracter; il peut se faire donner par l'etranger qui doit s'obliger envers lui tous les documents de nature à établir son état et sa capacité, s'il ne le fait pas il est en faute, il doit s'attribuer les conséquences de sa négligence.

On a également prétendu que, dans ce système, les juges français seraient dans l'obligation de connaître les législations de tous les pays dont les citoyens peuvent souscrire des obligations sur notre territoire, les législations des pays les plus barbares comme celles des pays les plus civilisés, car on ne peut appliquer une loi qu'autant qu'on la connaît. Mais cette objection est sans valeur. L'étranger qui a consenti en France une obligation envers un Français, et qui veut en demander ultérieure-

ment la nullité à raison de son incapacité personnelle, est demandeur dans cette action, ou s'il oppose une exception d'incapacité au créancier qui demande l'exécution de l'obligation, *reus in exceptione actor est;* dans les deux cas il doit prouver ce qu'il affirme, c'est-à-dire, qu'il était incapable au moment où l'engagement a été formé; il doit donc produire des pièces régulières, émanées des autorités compétentes, établissant légalement son état de minorité à l'époque du contrat.

Se rattachant à un autre ordre d'idées, on oppose à cette opinion la théorie d'un savant professeur de la Faculté de Paris, dont nous reconnaissons d'ailleurs la grande autorité, M. Valette, qui pense qu'on doit appliquer la loi française à la capacité de l'étranger, s'il résulte un préjudice pour les Français de l'adoption de la loi étrangère.

Cette théorie, fondée sur l'intérêt et sur un sentiment de nationalité étroit et égoïste, me paraît fausse et dangereuse. Quelle fixité pouvez-vous trouver dans une solution assise sur une base aussi fragile? L'intérêt est essentiellement relatif, contingent, variable; qui vous dit que l'intérêt des nationaux, en matière de convention, exige l'application des lois françaises à la capacité des étrangers? Je crois, au contraire, que leur intérêt bien entendu serait favorisé par le système qui applique aux étrangers leur statut personnel. On éviterait souvent, par ce moyen, de ces jugements sévères rendus à l'étranger, au préjudice de nos nationaux, par mesure de rétorsion contre des décisions des tribunaux français. Je crois qu'on a toujours intérêt à être juste, surtout en matière de droit international où l'appui de la loi écrite manque presque toujours; si l'on ne rattache pas les solutions aux principes éternels de la justice absolue, on arrive aux résultats les plus bizarres, les plus contradictoires.

A ces raisons, les partisans de l'opinion négative répondent ainsi :

L'indépendance des nations entre elles est considérée, avec raison, en droit des gens, comme un principe fondamental. Les nations, prises individuellement, ne relèvent que d'elles-mêmes; elles possèdent et exercent seules et exclusivement la souveraineté et la juridiction dans l'étendue de leur territoire; elles sont essentiellement autonomes.

Il résulte de ce principe incontestable, proclamé par tous les publicistes, deux conséquences nécessaires :

La première, que les lois d'une nation doivent régler tout ce qui se trouve sur son territoire; tout ce qui concerne les immeubles, les meubles et les personnes.

La deuxième, que la législation d'un État n'est obligatoire que pour cet État; qu'elle ne peut s'étendre sur le territoire d'un autre pays qu'en violant la souveraineté de ce pays et l'indépendance des nations.

Ainsi, d'après le principe que nous venons d'énoncer, en règle générale, les tribunaux de chaque État, et ceux de la France en particulier, ne doivent appliquer aux contestations qui leur sont soumises (qu'elles aient pour objet des meubles, des immeubles, l'état, la condition ou la capacité des personnes) d'autre législation que la législation du pays, que celle qui émane de la souveraineté nationale, à moins qu'une disposition formelle ne rende les législations étrangères obligatoires, dans certains cas, sur le territoire de l'État auquel appartient la juridiction qui doit connaître de la difficulté.

Pour appliquer ces principes à la question spéciale qui nous occupe, il faudra donc décider que la capacité de l'étranger qui contracte en France doit se déterminer d'après la loi française, si une exception formelle ne rend pas obligatoire, pour ce cas particulier, la loi du pays auquel cet étranger appartient.

Cette exception existe-t-elle?

Les lois étrangères ne peuvent s'appliquer en France, dans quelques circonstances que ce soit, comme nous l'avons établi en exposant la première opinion, que par le consentement exprès ou tacite du législateur français. Or peut-on dire que le législateur français ait permis l'extension des lois des autres nations sur le territoire de la France?

Il est incontestable qu'elle n'a jamais été admise formellement dans notre ancien droit par le pouvoir législatif; on ne peut, en effet, citer aucune disposition positive qui ait rendu les lois étrangères obligatoires pour les tribunaux français.

Si l'adoption de ces lois ne résultait pas d'un texte exprès, était-elle au moins consacrée par le consentement tacite de la

nation? pas davantage. La volonté tacite du législateur se manifeste par les décisions unanimes des autorités judiciaires et par l'assentiment des jurisconsultes. Eh bien! Ces conditions ne sont pas réunies à un degré suffisant pour constituer ce consentement tacite. En effet, deux jurisconsultes célèbres, Gail [1] et Jean Voët [2], soutiennent que les lois de chaque État règlent les biens et les personnes qui sont sur son territoire, et qu'elles ne peuvent s'étendre aux biens ni aux personnes qui se trouvent dans un autre État.

L'auteur du traité *de jure belli et pacis*, Grotius[3], dit également que l'étranger qui contracte sur un territoire étranger, est régi, quant à sa capacité, par les lois du pays où il a consenti son obligation, parce que, dit-il, celui qui contracte dans un État quelconque est soumis comme sujet temporaire aux lois de cet État.

Nous ne trouvons donc pas dans le droit ancien l'accord unanime de la jurisprudence et des auteurs, qui constitue le consentement tacite de la nation.

On ne peut pas soutenir non plus que, sous l'empire de nos lois modernes, le législateur français ait consenti à ce que les législations étrangères fussent obligatoires pour les tribunaux français, en ce qui concerne la capacité des étrangers qui se sont obligés envers des nationaux sur le territoire de la France.

Quoi qu'on en dise, on ne peut invoquer, en faveur de l'opinion contraire, aucune loi positive.

L'article 3 du Code civil ne présente aucun argument à cet égard.

Le dernier paragraphe de cet article dit bien, à la vérité, que les lois françaises concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger; mais on ne peut pas en conclure, par voie de réciprocité, que les lois étrangères concernant l'état et la capacité des personnes, régissent les étrangers, même résidant sur le territoire de la France. La réciprocité, à cet égard, n'a pas été consacrée par le droit des gens; nous citerons, en effet, plusieurs nations qui

[1] Lib. 2, obs. 124.
[2] Tit. *De Statutis*, n° 7.
[3] Lib. 2, c. 11, § 5, n° 2.

excluent explicitement sur leur territoire l'application des lois françaises, même en ce qui concerne l'état et la condition des personnes.

De ce que l'article 3 décide que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire, et que les immeubles, même possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, on ne peut pas en conclure que ces diverses lois soient seules applicables aux étrangers résidant en France. En effet, il est des cas absolument étrangers à ce qui est prévu dans cet article, et qui sont cependant, de l'avis de tous les jurisconsultes, régis par les lois françaises, quoiqu'il s'agisse d'individus appartenant à d'autres nations. Ainsi personne ne conteste que, dans certains cas, les meubles possédés en France par des étrangers soient soumis aux dispositions des lois françaises, ni plus ni moins que s'ils étaient possédés par des Français; que les lois françaises concernant la forme extrinsèque des actes obligent les étrangers comme les nationaux; qu'elles règlent de même, en tant qu'elles interprètent les clauses des contrats et en déterminent les effets, les conventions que des étrangers passent entre eux en France.

On a cru trouver dans les procès-verbaux du conseil d'État la preuve que le législateur avait entendu que la capacité de l'étranger résidant en France fût déterminée d'après les lois étrangères. Si telle eût été, en effet, la volonté du législateur, pourquoi ne l'eût-il pas formellement exprimée dans cet article 3, dont la rédaction a été si souvent modifiée? Sans doute il ne faut pas écarter avec légèreté l'autorité des procès-verbaux du conseil d'État; ils contiennent de précieux documents, et jettent souvent de vives lumières sur le texte de nos lois. Mais il arrive aussi quelquefois qu'ils fournissent des armes à toutes les opinions. Cela se conçoit d'ailleurs : dans les assemblées délibérantes, les systèmes opposés ont chacun leurs défenseurs; et quand l'un ou l'autre n'a pas été adopté d'une manière expresse, plus tard les partisans de chaque opinion s'emparent de l'avis qui leur est favorable, et soutiennent que c'est celui-là que le législateur a entenduadopter.

C'est ce qui a lieu pour la question qui nous occupe.

Ainsi on invoque également la discussion et les travaux préparatoires du Code, pour prouver que ses auteurs ont entendu consacrer la souveraineté absolue et exclusive de la loi territoriale; et voici comment :

Dans le projet, l'article 3 contenait la disposition suivante : « La loi oblige tous ceux qui vivent sous son empire. Habiter » le territoire, c'est se soumettre à sa souveraineté. »

Cet article fut attaqué par la commission du Tribunat dans ces termes :

« 1° Dire seulement : *La loi oblige ceux qui habitent le territoire*, c'est dire en d'autres termes qu'elle n'oblige pas ceux qui ne l'habitent point, proposition fausse et démentie par le second projet de loi qui vous a été présenté, et qui statue qu'un Français résidant en pays étranger continue d'être soumis aux lois françaises, relativement à ses droits civils et aux biens qu'il possède en France.

» 2° Il n'est pas vrai de dire que la loi oblige sans exception *ceux qui habitent le territoire*, puisque les étrangers revêtus d'un caractère national, ceux qui composent leur famille et leur suite, ne sont point soumis aux lois civiles de la France, quoiqu'ils en habitent le territoire. La rédaction de cet article est donc en cela encore inexacte : il fallait exprimer ou du moins indiquer les exceptions. »

L'orateur du gouvernement combattit ces objections devant le Corps législatif.

« Le rapporteur de la commission du Tribunat, dit-il, conclut de l'article 3 que la loi n'oblige pas les Français qui voyagent. Il faut convenir que la conséquence n'est pas juste.

» Sans doute les Français qui voyagent ne sont pas soustraits à l'empire de toutes les lois françaises; mais *Français et étrangers habitant le territoire y sont soumis. Voilà le principe général; car habiter le territoire, c'est se soumettre à sa souveraineté.*

» On nous reproche de n'avoir pas parlé des ambassadeurs, de leur famille, de leur suite; ce qui regarde les ambassadeurs appartient au droit des gens. Nous n'avons point à nous en occuper dans une loi qui n'est que de régime intérieur.

» Le principe que vous posez aujourd'hui souffre, dit-on, des exceptions. Soit, mais qu'avons-nous besoin d'énumérer ces exceptions, qui ont leur place naturelle dans les matières particulières auxquelles elles se rapportent?

» Chaque fois qu'on énonce un principe est-on obligé d'en faire un traité? »

Ces observations, renouvelées l'année suivante, donnèrent lieu à une nouvelle rédaction, formant actuellement l'article 3 du Code civil, de laquelle on avait retranché la disposition où il était dit que *la loi oblige tous ceux qui habitent le territoire.*

Mais il est bien évident que cet article, ainsi modifié, doit être interprété dans le sens des objections du Tribunat qui ont amené les modifications qu'il a subies. Or le Tribunat et l'orateur du gouvernement s'accordaient à reconnaître que les étrangers devaient être soumis, en France, non-seulement aux lois de police et de sûreté, non-seulement aux lois concernant les immeubles, mais encore à toutes les lois dont ils ne seraient pas exceptés. Conséquemment, puisque nous ne trouvons pas dans la loi d'exception pour ce qui concerne leur capacité, nous devons décider qu'ils sont soumis sur ce point à la loi française.

Le pouvoir législatif moderne n'a donc pas approuvé expressément l'application à faire en France des lois étrangères qui règlent l'état des personnes.

L'a-t-il approuvée tacitement? Nous avons vu précédemment que ce consentement tacite n'existait pas dans notre ancien droit. Mais aujourd'hui, d'après les principes de notre organisation sociale moderne, il ne peut même plus exister. La nouvelle législation civile, suivant l'intention de ses auteurs, doit constituer une règle permanente; il ne peut s'établir aucune coutume, aucune jurisprudence qui lui soient contraires; la cour de cassation a été instituée précisément pour réprimer les violations dont la législation écrite pourrait être l'objet.

Or, d'après les principes généraux que nous avons exposés, les lois françaises sont seules obligatoires en France; il n'existe aucune exception pour ce qui concerne la capacité des personnes; il en résulte que le législateur a désapprouvé d'avance tous les

usages, toutes les décisions qui seraient contraires à ces principes généraux.

Mais, d'ailleurs, cette impossibilité légale n'existât-elle pas, nous ne trouverions pas encore dans les faits que nous présentent nos annales judiciaires, les caractères par lesquels se manifeste le consentement tacite d'une nation : l'unanimité de la jurisprudence! On sait que les cours sont, au contraire, très-divisées sur cette matière; des arrêts de la cour de cassation, de la cour royale de Paris, du tribunal de première instance de la Seine, et bien d'autres encore, ont décidé que l'étranger était soumis en France à la loi française quant à sa personne et quant à ses biens.

Les auteurs ne sont pas plus d'accord sur cette question que les tribunaux : M. Burge [1], notamment, soutient que la capacité de l'étranger doit se déterminer par la loi française. M. le professeur Valette [2] dit également qu'on doit appliquer dans cette circonstance la loi nationale, si l'adoption de la loi étrangère donne lieu à un préjudice pour les Français.

Ainsi, d'après les observations qui précèdent, il est évident que le législateur français n'a admis aucune restriction à l'application des lois territoriales en faveur des législations étrangères, ni par une disposition expresse, ni par une disposition tacite.

Les auteurs du Code civil ont eu raison de repousser cette ancienne division des lois en statuts réels et personnels, que nous trouvons consacrée dans les ouvrages des jurisconsultes qui ont écrit sur le droit coutumier; division vague et défectueuse qui a été l'objet de tant de subtilités et de controverses. Si le législateur eût voulu admettre cette distinction, il aurait sans doute fait cesser par des textes formels les incertitudes et les difficultés auxquelles jusqu'alors elle avait donné lieu dans son application. Son silence à cet égard est une preuve de plus qu'il n'a pas voulu adopter sur ce point l'opinion de nos anciens jurisconsultes.

Les lois étrangères ne seraient-elles pas inapplicables en France, d'après le principe, que nous avons déjà proclamé, que chaque nation exerce exclusivement dans toute l'étendue de son

[1] *Revue étrangère et française*, t. VI, p. 734.
[2] Notes sur Proudhon, t. I, p. 86.

territoire la souveraineté et la juridiction? Ne résulte-t-il pas de ce principe que les tribunaux français devraient leur dénier d'une manière absolue toute force exécutoire, conformément à l'article 1er du Code civil, suivant lequel les lois ne sont obligatoires sur le territoire français qu'en vertu de leur promulgation? Le principe auquel cet article a rendu hommage est fondé sur les notions les plus élémentaires de la justice et de la raison : les lois ne peuvent avoir de caractère obligatoire qu'autant qu'elles sont connues, ou du moins légalement présumées connues, de ceux qu'elles sont destinées à régir. Cette proposition est vraie d'une manière générale, et surtout lorsqu'il s'agit d'une loi qui inflige une pénalité quelconque. Le législateur français a prescrit des formes de publicité, et un délai après lequel tous les Français sont censés connaître les lois promulguées. Les lois qui n'ont pas été publiées d'après les formes légales, quoique approuvées par les trois pouvoirs composant le corps législatif, ne peuvent recevoir d'exécution. Eh bien! comment pourrait-il se faire que les lois étrangères, qui ne sont connues des nationaux ni en fait ni en droit, leur fussent cependant applicables? Comment pourrait-on surtout les invoquer pour obtenir la nullité d'une obligation contractée par un étranger en faveur d'un Français, ce qui constituerait une pénalité rigoureuse, exorbitante!

Si les lois étrangères réglaient la capacité des étrangers qui contractent en France avec des Français, il en résulterait nécessairement des conséquences désastreuses pour les nationaux. Les relations internationales amènent sur nos marchés un grand nombre d'étrangers qui contractent des engagements avec des Français. Ceux-ci, qui ne connaissent ni ne peuvent connaître les lois des pays auxquels ces étrangers appartiennent, doivent les présumer capables s'ils ont atteint l'âge de la majorité française. Si l'on n'admettait pas cette solution, les étrangers régleraient en quelque sorte à leur gré le sort des transactions passées avec des nationaux. Si le contrat leur était avantageux, comme la nullité résultant de leur état serait une nullité relative, ils ne l'invoqueraient pas; si, au contraire, il était nuisible à leurs intérêts, ils se mettraient sous la protection de leur

incapacité et demanderaient la nullité du contrat, ce qui produirait nécessairement une grande perturbation dans le commerce français.

Aussi plusieurs nations européennes ont-elles consacré formellement dans leur Code le principe de la souveraineté territoriale : « Le droit civil du royaume, dit le Code des *Pays-Bas*, est le » même pour les étrangers que pour les Néerlandais, tant que » la loi n'a pas expressément établi le contraire. »

Le Code des *Deux-Siciles* exclut également l'application des lois étrangères sur le territoire de cette nation : « Les lois obli- » gent tous ceux qui habitent le territoire du royaume, dit l'ar- » ticle 5, qu'ils soient citoyens, étrangers domiciliés ou passa- » gers. »

La Russie, l'Angleterre, les États-Unis, et quelques autres nations encore, reproduisent la même disposition, et protestent contre l'affirmation des partisans de l'opinion contraire, qui prétendent que la théorie du statut personnel et du statut réel a reçu une consécration générale dans la législation des nations étrangères.

Dans le sens de l'opinion affirmative, on a cherché à expliquer les dispositions des législations que je viens de rapporter et qui ont consacré le principe de la souveraineté absolue de la loi du territoire, en disant que les nations qui l'ont admis étaient celles qui avaient conservé intacts les souvenirs du régime féodal; que nous ne pouvions l'adopter sans nous mettre en contradiction avec la nature même de nos institutions sociales. Mais cette explication n'est pas juste : le système de la souveraineté de la loi territoriale ne dérive pas des principes de la féodalité, il est fondé sur la notion la plus élémentaire et la plus fondamentale du droit international, c'est-à-dire l'indépendance des nations entre elles. Il est la conséquence directe de ce principe enseigné par Grotius et par les publicistes modernes, que chaque nation exerce seule et exclusivement la souveraineté et la juridiction dans l'étendue de son territoire.

Décider que les lois étrangères, en tant qu'elles règlent la capacité et la condition des personnes, sont applicables dans notre pays, c'est mettre les tribunaux français dans la nécessité de con-

naître toutes les législations, non-seulement des nations européennes, mais encore des peuples les plus éloignés et les plus obscurs. Si l'on admet cette opinion, le juge ne pourra pas reculer devant la difficulté de l'application : il faudra nécessairement qu'il statue suivant la loi du domicile de l'étranger. Comment se procurera-t-il cette loi? Quel est le document officiel dans lequel elle est insérée? Il y a même encore actuellement des législations non écrites, confiées exclusivement à la mémoire des citoyens; comment les tribunaux français pourront-ils se les procurer et les connaître? Ces observations prouvent qu'il est matériellement impossible que les lois étrangères soient observées, sous quelque rapport que ce soit, sur le territoire français.

Je m'arrête là. J'ai cherché à déterminer l'étendue et l'importance de la question en indiquant les principaux arguments et les divers ordres d'idées auxquels se rattache, dans chaque opinion, la solution de la difficulté qui fait l'objet de ce travail.

J'ai écarté, avec intention, les raisons secondaires qui auraient étendu, outre mesure, les limites de ce rapport, sans donner une force nouvelle aux deux systèmes que je viens d'exposer.

MATHIEU-BODET.

Ouverture du cours d'économie politique à Turin.

L'ouverture du cours d'économie politique à l'université de Turin a eu lieu le 5 mai. C'est un événement pour cette ville et pour toute l'Italie, où cette science, après avoir été longtemps en honneur et professée avec éclat, considérée à tort depuis la révolution française comme suspecte de tendances libérales, était, sinon proscrite, comme à Turin même et ailleurs, au moins regardée avec méfiance, et, partant, bien loin d'être encouragée, laissée en oubli, ou engagée dans les erreurs les plus évidentes et les plus dangereuses.

Le roi Charles-Albert, voulant préparer l'opinion publique au

système de liberté commerciale qui seul peut assurer à ses États une prospérité que ne sauraient lui procurer les lois prohibitives et protectrices, successivement promulguées par ses prédécesseurs, induits en erreur, hélas! par de trop puissants exemples, s'est, avec cette haute raison qui le distingue, décidé à rétablir à l'université de Turin la chaire d'économie politique, laquelle, après avoir été médiocrement occupée jusqu'en 1821, lors de la malheureuse révolution militaire qui eut lieu à cette époque, fut, dans la réaction qui la suivit, supprimée, voire même accusée d'avoir été une des causes des troubles survenus, quoiqu'elle en fût bien innocente.

Le professeur Antoine Scialoja, jeune savant napolitain, connu par son excellent Traité d'économie sociale, qui a été traduit en français, et dans lequel il s'est montré partisan éclairé des bonnes doctrines de l'ancienne école économique italienne, et entre autres de cette même liberté commerciale, a été jugé digne de recommencer le cours suspendu depuis vingt-cinq ans, et capable de le faire arriver de suite à la hauteur que les progrès de la science lui ont désormais assurée.

Le nouveau professeur a répondu à cet appel de la manière la plus heureuse; et dans le discours d'ouverture, prononcé à la première leçon, il a traité en maître l'intéressante question *de l'influence que l'élément économique a sur le progrès des nations, et de la part que la science prend à cette influence pour assurer ce même progrès qui est au fond son but le plus essentiel.*

Les bornes de cet article nous empêchent d'analyser le beau discours du professeur Scialoja, publié peu de jours après, et lu avec le plus grand intérêt dans toute la péninsule.

Nous nous bornerons à dire que l'auteur s'y est montré digne du mandat honorable dont il a été chargé, et que l'attention religieuse avec laquelle l'a écouté un brillant auditoire de plus de mille personnes, et l'enthousiasme que sa mâle éloquence a su y exciter, prouvent qu'il est arrivé à cette persuasion générale qui est le plus beau triomphe de tout auteur, le plus beau prix de ses nobles efforts. Aussi les plus vifs applaudissements n'ont pas manqué de prouver qu'il a obtenu un tel résultat. Le grand con-

cours du public, et cette attention comme cet enthousiasme, ont continué dans les leçons suivantes données par M. Scialoja pendant les mois de mai et de juin, les derniers de l'année scolaire du haut enseignement.

Ce cours, de deux mois seulement, a été fait pour préparer le public au cours de la prochaine année, par l'exposé général des principales questions de la science. C'est là une fort bonne méthode pour tout haut enseignement scientifique, méthode à laquelle nous nous empressons d'applaudir.

Mais le fait le plus essentiel qu'il faut constater dans cette restauration scientifique, qui honore le gouvernement sarde, c'est que le cours de M. Scialoja, ainsi que ceux de MM. Giulio et Sobrero (cours de mécanique et de chimie appliquée aux arts), récemment institués aussi, ne sont pas seulement suivis par de nombreux écoliers et par des ouvriers adultes auxquels ils semblent destinés de préférence, mais par un grand nombre de personnes appartenant à toutes les classes de la société, et surtout par les différentes notabilités de la magistrature et de l'administration, voire même du clergé et de la milice. Ce fait prouve qu'on est en Piémont avide de connaître les vérités de la science, et que celles-ci, facilement propagées par les soins d'un gouvernement éclairé, assureront bientôt l'entière prospérité de ce pays, désormais placé à la tête de la civilisation italienne.

P.......

Loi rendue par S. M. l'empereur de Russie, concernant l'étendue et la durée des droits des artistes sur leurs produits, publiée le 25 mars 1846 [1].

Les peintres, statuaires, architectes, graveurs, médailleurs, et les artistes qui travaillent dans les autres branches des beaux-arts, jouiront pendant toute la durée de leur vie, sur leurs produits artistiques, en outre du droit de propriété ordinaire établi par les lois générales [2], du « droit de propriété artistique » (*künstlereigenthum*). Cette propriété consiste dans le droit exclusif qui leur appartient de reproduire, d'éditer et de multiplier leurs produits originaux de toutes les manières propres à l'art qu'ils exercent. Après le décès de l'artiste, le droit de propriété artistique, à moins qu'il n'ait été cédé par l'artiste de son vivant, sera transféré à ses héritiers légitimes ou testamentaires.

Les personnes auxquelles ce droit a été transféré, soit par succession, soit par testament, soit par voie de cession, ne jouiront du même droit que pendant vingt-cinq ans, à compter du jour du décès de l'artiste. Ce terme sera prolongé de dix ans dans le cas où des éditions de dessins, gravures et lithographies seraient publiées cinq ans avant l'expiration du terme. En cas d'aliénation ou de transmission par voie de testament, le successeur et ses héritiers acquerront le plein droit de propriété.

Les produits artistiques qui ont été achetés par le gouvernement, ou qui, sur sa commande, ont été exécutés pour des églises, ou pour les musées impériaux, ou pour les autorités publiques ou pour des établissements, sont considérés comme la propriété du gouvernement et des autorités, et peuvent être reproduits sans la permission de l'artiste.

De même l'artiste n'aura pas le droit de propriété artistique sur les ouvrages qu'il aura exécutés d'après la commande des particuliers, à moins qu'il ne se le soit expressément réservé. Ce droit

[1] Traduit de l'allemand par M. Bergson.

[2] Nous avons cherché dans le Code général des dispositions relatives à la propriété littéraire, mais sans résultat : c'est sans doute dans une des lois rendues depuis la promulgation du Code que cette matière a été réglée.

appartient à ceux qui ont commandé l'ouvrage et à leurs héritiers, lorsque le prix en a été payé. L'artiste ne pourra, en conséquence, ni reproduire ni publier des portraits ou des tableaux de famille, qu'avec la permission des personnes qui les ont commandés ou de leurs héritiers.

Les personnes auxquelles l'artiste aura transmis ses droits sur un ou sur tous ses produits, doivent en faire la déclaration à l'autorité compétente, dans le délai d'un an à compter du jour du décès de l'artiste, ou de deux ans s'ils ont leur domicile à l'étranger.

Des tableaux, des statues et d'autres produits artistiques peuvent être vendus aux enchères pour cause de payement des dettes de l'artiste; cependant le droit de propriété artistique ne sera pas transmis à l'acquéreur par l'acquisition de ces produits.

Tant que le droit de propriété d'une production artistique appartient exclusivement à une personne en vertu des dispositions ci-dessus, nul ne peut en faire ou faire faire des copies sans l'autorisation de cette personne, ni la reproduire d'une manière quelconque, ni l'aliéner par soi-même ou par un fondé de pouvoirs, ni enfin y rien emprunter ou en faire des extraits, c'est-à-dire en copier et reproduire quelques parties et les vendre séparément.

Les actions fondées sur la violation du droit de propriété artistique seront portées, avec justification de la jouissance légale du droit, devant la police locale, et, dans les chefs-lieux, devant l'administration de la police (*Polizeiverwaltung*). Pour tout ce qui concerne la publication des productions d'artistes russes à l'étranger, après qu'ils auront transféré leurs droits à une autre personne restant dans l'empire, ainsi que la cession de ce droit à un éditeur étranger, l'introduction de ces productions en Russie, la déclaration des éditions faites à l'étranger au comité de censure étrangère, et les conventions de cette nature conclues aux missions et aux ambassades russes établies à l'étranger, il sera procédé conformément aux §§ 6, 7, 8, 9 et 10 de l'avis du conseil d'État, sanctionné le 9 janvier 1845, relatif aux droits des compositeurs de musique sur leurs œuvres.

Histoire de la vie et de l'administration de Colbert, contrôleur général des finances, ministre secrétaire d'État de la marine, des manufactures et du commerce; précédée d'une étude historique sur Nicolas Fouquet, surintendant des finances; suivie de pièces justificatives; — par M. Pierre Clément. Un volume in-8°. Paris, Guillaumin, 1846.

Compte rendu par M. P.-A. DE LA NOURAIS.

Une histoire de la vie et de l'administration de Colbert doit intéresser à un double titre : car non-seulement on doit y trouver partout les traces d'un homme d'État qui a su fonder des institutions assez durables pour exister encore aujourd'hui avec les inévitables modifications que leur ont imprimées le temps et les révolutions; mais encore elle est si intimement liée à l'histoire de la monarchie, que la raconter, c'est raconter en même temps l'histoire de la majeure partie du siècle de Louis XIV.

Toutefois, et disons-le tout d'abord, ce n'était pas une tâche sans difficulté, malgré l'attrait qu'elle pouvait offrir à l'historien et à l'économiste : car il fallait la faire sortir en quelque sorte d'une quantité de documents épars, enfouis çà et là dans la poussière des bibliothèques ou dans les ténèbres des archives; il fallait interroger avec sagacité tous ces trésors cachés, les soumettre à une critique éclairée, les coordonner en un corps d'ouvrage, en former un tout complet, une œuvre enfin aussi attrayante à lire pour l'historien qu'utile à consulter pour l'économiste. C'est ce travail devant lequel n'a point reculé M. P. Clément, et dont le public l'a déjà recompensé par le succès qui ne pouvait manquer à un ouvrage entrepris avec conscience, achevé avec talent.

Et comment, en effet, ne se sentirait-on pas attiré vers cette grande époque? N'est-on pas involontairement porté à se rapprocher des hommes qui ont imprimé à tous leurs actes le cachet puissant de leur individualité, laissé partout des traces de leur passage? Non que l'administration de Colbert ait été exempte de fautes : elles sont signalées par M. Clément avec vérité, mais aussi avec impartialité, et si quelques-unes lui ont été personnelles, d'autres

doivent être attribuées aux préjugés, aux croyances, aux nécessités de l'époque où il vivait. Mais il n'en a pas moins été l'un des hommes les plus éminents, les plus universels qui aient présidé aux destinées de la monarchie française. En effet, à peine a-t-il pris l'héritage de Fouquet, qu'il se trouve en face de cette effroyable disette de 1662. Si on peut alors lui reprocher les fausses mesures qu'il prit relativement au commerce des grains, mesures qui avaient été commencées par Fouquet et qu'il crut devoir continuer, il faut en même temps lui tenir compte des efforts inouïs qu'il fit pour conjurer la disette et atténuer le mal, et dont le récit a, dans l'ouvrage de M. Clément, quelque chose de saisissant. L'état des finances du royaume contribuait encore à rendre le remède plus difficile. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les détails que nous révèle l'auteur sur les gaspillages qui se commettaient partout, sur les abus surtout auxquels donnaient lieu les ordonnances de comptant, les fonds secrets de cette époque. Aussi la première grande mesure de Colbert fut-elle de déblayer en quelque sorte le terrain, d'apurer les comptes, de réprimer les rapines, d'arrêter toutes les usurpations, même celle des titres de noblesse. Il fut, il est vrai, merveilleusement aidé dans cette tâche par la chambre de justice, dont on peut déplorer quelquefois l'excessive rigueur, mais qui n'en rendit pas moins, par sa sévérité même, de grands services au pays. Colbert, plus libre du côté des finances, put alors, par son édit de 1664, organiser en quelque sorte la France douanière et préparer son unité commerciale ; en même temps il cherchait à réaliser une idée à laquelle il tenait beaucoup, parce qu'il avait vu les Anglais et surtout les Hollandais en retirer de grands avantages : c'était la fondation des grandes compagnies commerciales. M. Clément nous en donne dans son livre la curieuse histoire, nous révèle quelle somme prodigieuse d'efforts et d'activité a été dépensée pour arriver à un but malheureusement négatif, car toutes les compagnies succombèrent les unes après les autres. Ce fut la conséquence du monopole et de la protection exagérée dont elles étaient l'objet.

Tous ces grands travaux cependant n'absorbaient pas encore entièrement ce ministre infatigable, qui, pendant tout le temps

de son administration, travaillait seize heures par jour : car il trouvait encore le temps de fonder des académies et de s'occuper des gens de lettres, qui, eux aussi, avaient leur part dans les largesses de Louis XIV.

Après avoir ainsi préparé les voies, Colbert chercha à réaliser son système industriel. Ce système, auquel les économistes ont donné, du nom de son auteur, celui de colbertisme, a été diversement jugé, et nous devons savoir gré à M. Clément des appréciations impartiales et des détails historiques qui lui restituent toute sa valeur. Ce système, en effet, était très-libéral pour son époque, mais il fut exagéré dans ses conséquences, il fut porté à l'excès, et il succomba par sa tyrannie même. Du reste il était complet; il était faux, mais logique, coordonné dans toutes ses parties, car, en l'organisant à l'intérieur, Colbert n'avait pas oublié l'extérieur. Ses tentatives pour relever le commerce de la France dans le Levant, l'établissement des consulats, les instructions qu'il donna à ceux qui étaient investis de ces fonctions, témoignent à la fois suffisamment de sa sollicitude et de l'ardeur et de la persévérance qu'il mettait à réaliser son système.

Plusieurs auteurs ont cru, et, conformément à cette opinion, ont cherché à propager l'idée, que Colbert, uniquement occupé des intérêts du commerce et des manufactures, n'avait rien fait pour les progrès et le développement de l'agriculture française, et cependant peu de ministres ont adopté en sa faveur plus de mesures plus salutaires et qui aient eu plus d'influence sur son avenir. Sa grande faute, celle qu'on peut le plus lui reprocher, parce que c'est celle qui compromet le plus sa réputation d'homme d'État, c'est sa législation sur le commerce des grains, législation dont la mobilité continuelle a amené à plusieurs reprises la famine dans le royaume. Jamais en effet le peuple n'a été plus malheureux que pendant une partie du règne de Louis XIV. En vain se refuserait-on à croire que tant de gloire pût accompagner tant de misères : les documents les plus authentiques de l'époque, les peintures déchirantes qu'il nous font de la position du peuple, ne nous laissent aucun doute à cet égard.

Ministre d'un roi absolu, absolu lui-même comme le cardinal

de Richelieu dont il avait la mémoire en grande vénération, et qu'il se proposait toujours pour modèle, Colbert mettait dans la poursuite de toutes ses entreprises une fermeté que quelques-uns ont qualifiée d'entêtement, et qui allait quelquefois jusqu'à la tyrannie. C'est par suite de ces idées qu'en voulant organiser l'industrie il voulut aussi la régenter jusque dans ses plus petits détails. Fidèle au même système, toujours intéressé à le faire prévaloir dans ses négociations avec les étrangers, qu'il voulait forcer à acheter les produits français sans qu'ils pussent nous vendre les leurs, il fut ainsi la cause de cette détresse où étaient tombées les manufactures vers la fin de son administration, et nous devons aujourd'hui d'autant plus déplorer cette fâcheuse tendance que, dans toutes ces négociations, il montra toujours beaucoup de fermeté et une grande intelligence des intérêts nationaux. Il faut voir, dans le livre de M. Clément, la persistance avec laquelle il maintint le droit de 50 sous par tonneau destiné à protéger la navigation marchande. Les développements qu'il lui donna, tout ce qu'il fit pour la marine française, dont il peut être justement appelé le restaurateur, compteront au nombre de ses titres de gloire les plus incontestables, et lui mériteront toujours la reconnaissance du pays; car, en même temps qu'il faisait construire des flottes entières, qu'il approvisionnait les chantiers et les arsenaux, il organisait l'inscription maritime, et publiait cette célèbre ordonnance de 1681, qui est encore citée et consultée aujourd'hui comme le Code de la marine.

Comme contrôleur général des finances, Colbert avait eu la succession du surintendant Nicolas Fouquet, si célèbre par ses prodigalités, ses grandes richesses et son procès. Colbert, son ennemi personnel, et qui commençait alors sa fortune politique, fit preuve, dans les diverses phases de ce procès célèbre, d'une ardeur qu'on pouvait à bon droit prendre pour de l'animosité, mais qui n'en est pas moins curieuse à étudier, car elle constituait un des côtés de son caractère. Aussi, dans tout ce qu'il a voulu entreprendre, le trouvons-nous toujours, suivant les circonstances, aussi ferme, aussi énergique, aussi infatigable, aussi absolu.

M. P. Clément n'a donc pas cru sortir de son sujet en consa-

crant à Nicolas Fouquet une courte notice dans laquelle il apprécie sa conduite et les actes de son administration. Il a ainsi ajouté un nouvel intérêt à un travail que sa clarté, sa méthode et l'importance des nombreux documents qu'il a su recueillir et classer, recommandaient déjà suffisamment à l'attention publique.

P.-A. DE LA NOURAIS.

CHRONIQUE.

AUTRICHE. Par un décret daté du 30 mai, Sa Majesté, sur la proposition du chancelier d'État, M. le prince de Metternich, a fondé à Vienne une Académie impériale et royale des sciences.

BADE. La chambre des députés, dans sa séance du 13 juin, a pris en considération une motion tendante à supplier le gouvernement d'abolir les maisons de jeu sur le territoire badois, et d'en solliciter la suppression dans tous les États de la confédération germanique. Le ministre d'État, M. de Dusek, a promis, à cet effet, l'appui du gouvernement. La même chambre a adopté, le 16 juin, une motion tendante à assurer l'inamovibilité des magistrats de l'ordre judiciaire.

BAVIÈRE. Un traité a été conclu le 20 mars dernier, entre la France et la Bavière, relativement à l'extradition réciproque des malfaiteurs.

PAYS-BAS. Le ministre des finances a présenté au roi un rapport sur le montant de la dette publique au 1er janvier 1844 et au 1er janvier 1846. Il en résulte que la dette régulière s'élevait, au 1er janvier 1844, à 1,201,017,575 florins de capital, ou 38,758,895 fl. d'intérêts, non compris 27 millions de capital ou 740,791 fl. d'intérêts de la dette flottante. Au 1er janvier 1846, la dette régulière s'est élevée à 1,225,212,861 fl. de capital, ou 35,662,510 fl. d'intérêts, et la dette flottante à 5,909,841 fl. de capital et à 125,438 fl. d'intérêts. Il résulte des chiffres qui précèdent que, tandis que le montant du capital s'est accru de plus de 3 millions, celui des intérêts à la charge de l'État, par suite de la réduction du taux, a été diminué, de 1844 à 1846, de 3,711,738 fl. Les recettes ont, dans le budget de 1845, dépassé les dépenses de plus d'un demi-million.

— La seconde chambre a rejeté, à la majorité de 30 voix contre 26, l'article 2 du projet d'un nouveau Code pénal. Cet article, qui contenait l'énumération des peines, et les dispositions relatives à la peine du bannissement, ainsi que celle qui laissait aux juges la faculté de prononcer, en cas d'emprisonnement, la dégradation civique, ont été l'objet de vives attaques. Par suite du rejet de l'article, le projet de loi contenant le premier livre du Code pénal a été retiré par le ministre de la justice. — C'est pour la sixième fois depuis 1827 qu'une nouvelle législation pénale a été, sans succès, présentée aux États-Généraux. Le premier livre d'un nouveau Code avait été adopté par les chambres au mois de juillet 1840 ; mais lors

de la discussion des deux livres suivants, la seconde chambre manifesta le désir d'introduire diverses modifications dans le premier livre. Ce livre fut alors refondu en entier dans le projet présenté aux États au mois de février de cette année.

— La session des États-Généraux a été close le 11 mai.

— Une commission avait été nommée en 1839 dans le but de préparer pour les colonies une nouvelle législation en rapport avec celle de la métropole. Cette commission a terminé ses travaux à la fin de l'année dernière, et plusieurs décrets royaux viennent d'être rendus, qui contiennent les dispositions générales de la législation, l'organisation judiciaire, le Code civil, le Code de commerce, ainsi que le Code pénal maritime (*handels strafwetboek*) des Indes néerlandaises. Ces diverses lois seront promulguées aux colonies le 1er mai 1847, et seront mises en vigueur le 1er janvier 1848. Le gouverneur général est chargé en outre de faire préparer un Code pénal pour les Indes, ainsi que divers règlements de police.

Prusse. Une ordonnance royale vient de fixer les conditions d'admission aux emplois supérieurs de l'administration. Les candidats doivent faire preuve, dans un examen spécial, d'une connaissance plus ou moins approfondie des sciences financières, d'économie politique, de police, du droit administratif, etc., suivant leur degré d'importance relativement aux divers emplois. Tous les aspirants aux fonctions publiques sont en outre soumis à une surveillance spéciale exercée par leurs supérieurs, non-seulement en ce qui concerne leurs fonctions, mais encore leur conduite privée. Un dossier particulier sera tenu à cet effet pour chaque aspirant.

— Un arrêt rendu récemment par la cour suprême de justice de Berlin, dans la cause de M. de Florencourt, a consacré le principe que le permis d'imprimer, accordé à un ouvrage dans un pays quelconque de la confédération, met obstacle aux poursuites exercées contre l'auteur dans un autre pays, même dans celui de son domicile.

Saxe. Les chambres sont saisies d'un projet de loi destiné à assurer aux compositeurs et aux auteurs dramatiques une protection plus efficace que celle qui résulte du décret publié par la diète en 1841. Le projet étend notamment la protection en faveur des auteurs et compositeurs anonymes, assimile la représentation ou l'exécution d'une pièce ou d'un morceau imité à celle de l'original, et fixe l'indemnité à accorder à la partie lésée. — Les deux chambres ont voté une adresse dans laquelle elles demandent au gouvernement l'introduction des débats oraux et d'une publicité restreinte dans le nouveau Code d'instruction criminelle qui s'élabore en ce moment.

— La session des États a été close le 17 juin. Dans son discours de clôture, le roi annonce la rédaction d'un nouveau projet de Code d'instruction criminelle, établissant le débat oral, la création d'un ministère public, et une publicité limitée (admission d'une certaine classe de citoyens seulement).

Saxe-Meiningen (Duché). La diète de cette année s'est signalée par la sanction de plusieurs mesures importantes, telles que l'abolition complète du droit de justice appartenant aux propriétaires fonciers, celle de l'exemption de l'impôt des terres nobles et la libération des services fonciers.

Suisse. *Berne*. L'assemblée constituante du canton de Berne, dans sa séance du 23 juin, a adopté l'article du projet de constitution qui institue le jury pour le jugement des affaires criminelles et des délits politiques et de presse. Elle a adopté un amendement par lequel il est réservé à la loi d'attribuer aussi au jury la connaissance d'autres délits correctionnels, et elle en a rejeté un autre tendant à

réserver à la loi le pouvoir de remplacer le jury par des tribunaux permanents, dans le cas où l'expérience de cette nouvelle institution ne serait pas favorable.

France. Deux ordonnances, en date du 8 mai, règlent les formalités d'exécution de la loi de douanes du 9 juin 1845, qui a sanctionné les dispositions du traité de commerce et de navigation conclu entre la France et la Sardaigne le 28 avril 1843, ainsi que la convention du 27 avril 1844, qui a étendu à la principauté de Monaco une partie de ces dispositions.

— Une ordonnance du 31 mai nomme conseiller titulaire de l'Université, en remplacement de M. Rossi, M. Giraud, de l'Institut, inspecteur-général des études de droit. — Par arrêtés du ministre de l'instruction publique, en date du 5 juin, M. Laferrière, professeur de la Faculté de droit de Rennes, est nommé inspecteur-général de l'Université, de l'ordre du droit, en remplacement de M. Giraud; M. Royer-Collard, professeur de la Faculté de droit de Paris, est nommé doyen de cette Faculté, en remplacement de M. Rossi.

— Une ordonnance du 11 juin établit une Faculté des lettres au chef-lieu de l'Académie d'Aix; cette Faculté sera composée de cinq chaires, savoir : philosophie, histoire, littérature ancienne, littérature française, littérature étrangère.

— Par arrêté de M. le ministre de l'instruction publique, en date du 13 juin, un concours sera ouvert le 16 novembre prochain devant la Faculté de droit de Paris pour une chaire de procédure civile et pour une place de suppléant vacantes dans cette Faculté.

— Le *Moniteur* du 17 juin publie trois ordonnances rendues en exécution des dispositions de l'article 1er de la loi du 18 juin 1845, relative au régime des esclaves dans les colonies. La première, en date du 18 mai, concerne l'instruction religieuse et élémentaire des esclaves; la seconde, en date du 4 juin, le régime disciplinaire des esclaves; la troisième, à la date du 5, leur nourriture et leur entretien. Voici les principales dispositions de la première de ces ordonnances : « Art. 1er. Dans toute habitation rurale, la prière en commun, parmi les esclaves, sera faite matin et soir, avant et après les travaux de la journée. — Art. 2. Tous les dimanches et fêtes, les esclaves de tout âge et de tout sexe recevront, à l'issue de l'office, ... les instructions religieuses du curé ou desservant de la résidence. — Art. 3. Outre l'instruction du dimanche, il en sera fait une au moins dans la semaine sur chaque habitation, à des heures qui seront déterminées de concert avec les maîtres. — Art. 4. ..... Les curés ou desservants pourront être assistés par des membres de corporations religieuses reconnues commissionnés à cet effet par notre ministre de la marine..... Dans tous les cas, le curé ou desservant devra visiter au moins une fois par mois chacune des habitations dépendantes de la paroisse, afin de s'assurer de l'état de l'instruction des esclaves de tout âge et de tout sexe. — Art. 5. Des classes seront établies dans les villes et bourgs pour l'instruction élémentaire des jeunes esclaves. Les maîtres domiciliés dans ces villes et bourgs, ou qui n'en seraient pas éloignés de plus de 2 kilomètres, seront tenus d'y envoyer leurs esclaves âgés de huit à quatorze ans. Des classes dirigées par un ou plusieurs frères instituteurs seront en outre, partout où cela sera jugé nécessaire, attachées aux chapelles rurales, pour l'instruction élémentaire des jeunes esclaves dont la résidence se trouverait hors du rayon indiqué au paragraphe précédent..... Un arrêté local déterminera les conditions auxquelles les habitants éloignés de plus de 2 kilomètres, soit des villes et bourgs, soit des chapelles rurales, pourront être autorisés à remplacer, au moyen de leçons à domicile, l'obligation d'envoyer leurs jeunes esclaves dans les écoles communes. — Art. 6. Des sœurs

appartenant aux congrégations religieuses sont chargées de concourir, en ce qui concerne spécialement les filles et femmes esclaves, à l'exécution des dispositions qui précèdent. A cet effet, des classes seront établies dans les villes et bourgs pour l'enseignement élémentaire des jeunes filles de ces localités et du voisinage. Les sœurs feront, en dehors des jours ou des heures de classe, et sous la surveillance des curés et desservants, des explications du catéchisme à l'usage des filles et des femmes. — Art. 7. Des salles d'asile pourront, sous la direction des mêmes religieuses, être établies hors des villes et bourgs, à l'effet de recevoir les enfants des deux sexes au-dessous de l'âge de huit ans, et les filles au-dessus de cet âge..... »

— Sur la proposition de M. le garde des sceaux, un ordre du roi a supprimé l'usage de la bastonnade, employée en Algérie pour obtenir des aveux des indigènes soupçonnés de crimes et délits.

— La chambre des pairs a adopté les projets de lois relatifs à des modifications dans les droits de douanes, en conformité d'un traité passé entre la France et la Belgique, et à la perception de l'impôt sur le sucre indigène. Cette dernière loi est divisée en trois titres. Le premier, qui a pour objet les sucres cristallisables, s'occupe du mode de fixation des types (art. 1 et 2), des obligations de ceux qui veulent fabriquer (art. 3, 4 et 5), des conditions de l'exercice dans les fabriques (art. 6, 7, 8 et 9), des formalités en ce qui concerne l'enlèvement et la circulation des sucres (art. 10 à 20). L'article 21 porte qu'il sera établi des entrepôts réels pour les sucres dans les villes de Paris et de Lille. Le titre 2 a pour objet les glucoses. Le titre 3 comprend les dispositions générales; elles sont relatives au payement des droits, à la pénalité, et enfin aux règlements d'administration publique destinés à assurer l'exécution de la loi. — Les deux projets de loi prémentionnés avaient déjà été votés par l'autre chambre.

— La chambre des pairs a adopté les projets de lois relatifs à un crédit de 93 millions destinés aux constructions navales et aux approvisionnements des arsenaux; — à l'établissement d'une ligne électrique de Paris à Lille; — à la publication de l'ouvrage de MM. Flandin et Botta sur les découvertes faites dans les ruines de l'ancienne Ninive; — à l'acquisition de terrains nécessaires au développement de l'école de culture du Muséum d'histoire naturelle de Paris; — enfin le projet qui supprime la taxe du décime rural sur les lettres, et qui réduit à 2 pour 100 la taxe à percevoir sur les envois de fonds par la poste. — Ces divers projets avaient déjà été votés par la chambre des députés.

— La chambre des députés a adopté un projet de loi portant demande d'un crédit de 31 millions pour l'établissement d'un chemin de fer de Saint-Dizier à Gray.

— La chambre des députés a rejeté une proposition en forme d'amendement, d'après laquelle toute lettre simple de sept grammes et demi, circulant dans l'intérieur de la France, serait soumise à une taxe uniforme de 25 centimes. Elle a adopté le projet portant suppression du décime rural (taxe d'un décime sur les lettres adressées ou recueillies dans les communes où il n'existe pas d'établissement de poste).

— La chambre des députés a repoussé un amendement de M. Beaumont (de la Somme) qui soumettait les rentes à un droit de mutation. La question de la conversion est restée indécise.

— La clôture de la session a eu lieu le 3 de ce mois. Une ordonnance, en date du 6, prononce la dissolution de la chambre des députés et convoque les colléges

électoraux pour le 1er août prochain (art. 1 et 2). Les deux chambres sont convoquées pour le 17 du même mois (art. 3).

— Voici le tableau des projets de loi dont la chambre des députés s'est occupée dans cette session :

I. *Projets adoptés :* 1° Navigation intérieure, 2° impôt sur le sucre indigène, 3° eaux minérales, 4° pêcheries, 5° canaux, 6° chemin de fer de Bordeaux à Cette, 7° *idem* de l'Ouest, 8° *idem* de Dijon à Mulhouse, 9° *idem* de Saint-Dizier à Gray, 10° traité belge et tarif général des douanes, 11° cinq échanges d'immeubles, 12° achèvement de divers édifices publics d'intérêt général, 13° chemins de fer de Châteauroux à Limoges et du Bec-d'Allier à Clermont, 14° prorogation des lois relatives aux étrangers réfugiés en France, 15° dépenses secrètes de 1846, 16° constructions navales et approvisionnements des arsenaux de la marine, 17° dépenses des fêtes de juillet, 18° crédits extraordinaires pour l'Algérie, 19° établissement de divers ponts, 20° appel de 80,000 hommes sur la classe de 1846, 21° rectification de routes royales, 22° pension militaire, 23° emprunt grec, 24° secours aux hospices, bureaux de charité et institutions de bienfaisance, 25° indemnité et pension à la veuve Bournat, 26° télégraphie électrique, 27° publication de l'ouvrage concernant les ruines de l'ancienne Ninive, 28° terrains à joindre au Muséum d'histoire naturelle, 29° chemins de fer d'Orléans à Vierzon et de Nîmes à Montpellier, 30° amélioration de divers ports, 31° havre de Courseulles, 32° règlement définitif du budget de 1843, 33° crédits supplémentaires de 1845 et 1846, 34° crédits supplémentaires de 1845 et 1846 (deux projets), 35° crédit pour des études de chemins de fer, 36° budget de 1847 (dépenses et recettes), 37° augmentation des traitements des magistrats, 38° crédit supplémentaire pour salaires d'ouvriers, 39° tribunal d'Alger, 40° Palais-de-Justice de Pau, 41° manufacture de tabacs de Strasbourg, 42° modification à la loi des postes, 43° modification de quelques dispositions de la loi de la garde nationale, 44° proposition relative à la falsification des vins (reprise de la session précédente), 45° proposition concernant les droits d'octroi sur les bestiaux, 46° *idem* sur le sel. — II. *Projets retirés :* 1° Taxe des lettres, 2° acquisition de pièces anatomiques et de collections pour le Muséum d'histoire naturelle, 3° endiguement des fleuves et rivières, 4° droits de timbre sur les écrits périodiques. — La chambre n'a pas pris en considération la proposition de M. de Remilly, tendant à établir un impôt sur la race canine. — III. *Les projets suivants sont restés à l'état de rapport :* 1° Fortification du Havre et port de la même ville, 2° canal de Niort à La Rochelle, 3° fortification de Cherbourg et de Saint-Nazaire, 4° deuxième projet relatif à la restauration et à l'agrandissement de divers édifices publics, 5° musée d'anatomie comparée, 6° amélioration de divers établissements d'instruction publique, 7° agrandissement de l'enceinte de Toulon, 8° traitement des instituteurs communaux, 9° chemin de fer de Bordeaux à Bayonne, 10° circonscription électorale pour la nomination des membres du conseil général de Saône-et-Loire, 11° alcools dénaturés, 12° correspondance transatlantique, 13° modification de diverses dispositions du Code d'instruction criminelle (reprise de la proposition de M. Roger), 14° concessions de mines (proposition de M. Delessert), 15° admission dans les emplois publics (proposition de M. de Gasparin), 16° budget de 1844, 17° cautionnement, 18° droits de navigation intérieure, 19° livrets d'ouvriers, 20° modèles et dessins de fabriques, 21° conversion des rentes 5 pour 100 (proposition de M. de Saint-Priest).

De la réforme du régime des quarantaines.

Par un médecin de la Faculté de Paris.

La question des quarantaines préoccupe en ce moment tous les esprits : les journaux scientifiques, les journaux politiques, ont rendu compte du rapport fait à l'Académie de médecine par M. Prus, au nom d'une commission composée de MM. Adelon, Bégin, Dubois (d'Amiens), Dupuy, Ferrus, Londe, Mélier, Pariset, Poisseuille, Prus, H. Royer-Collard. S'il s'agissait d'une question purement médicale, on comprend que nous n'aurions pas à nous en occuper dans cette *Revue;* mais une question de législation de la plus haute importance découle nécessairement des données fournies par la science, et quand il s'agit d'un intérêt aussi grand que celui de notre commerce maritime, il ne nous est pas permis de rester seuls dans le silence.

Pour faire comprendre la valeur des modifications demandées par la commission de l'Académie de médecine, nous devrons entrer dans quelques détails médicaux, qui peut-être ne seront pas sans intérêt, mais que d'ailleurs nous tâcherons de restreindre autant que possible.

Depuis longues années, le commerce réclame contre les entraves que lui oppose notre régime quarantenaire, alors surtout que, depuis 1825, l'Angleterre et l'Autriche ont supprimé leurs quarantaines : de telle sorte que souvent le voyageur avare de son temps prend passage pour l'Angleterre, et malgré cet immense détour, est arrivé à Paris depuis longtemps quand le bâtiment parti d'Alexandrie le même jour n'a pas encore, à Marseille, achevé de purger sa quarantaine [1]. Le gouvernement s'est ému; mais ne voulant rien faire avec précipitation, il a dû consulter les hommes spéciaux, et après dix-huit mois d'un travail

[1] En 1825, l'Angleterre et l'Autriche avaient complétement aboli les quarantaines. Plus tard, pour faire droit, en apparence, aux réclamations des autres puissances, les ordonnances de suppression furent rapportées, mais de fait les quarantaines n'en ont pas moins continué d'être éludées.

assidu, après avoir puisé avec une infatigable persévérance à toutes les sources, après avoir consulté les hommes, les écrits, les documents inédits renfermés dans les différents ministères, la commission de l'Académie de médecine vient de mettre sous les yeux du public un rapport, qui répond en tous points à ce que l'on était en droit d'attendre des hommes éminents qui la composent.

Examiner quels sont les pays contre lesquels on doit être en garde, rechercher sous quelles influences la peste peut y prendre naissance, étudier si la peste est transmissible, dans quels cas particuliers et comment elle se transmet, pour savoir quelles barrières lui opposer, quelles précautions doivent être prises; reconnaître quelle est la durée ordinaire ou exceptionnelle de l'incubation de la peste, afin de baser sur des données positives la durée de la quarantaine : telle était, dans son analyse la plus restreinte, la tâche que devait s'imposer la commission de l'Académie; voyons comment elle a su l'accomplir.

L'Égypte, la Syrie, la Turquie d'Europe et d'Asie voient souvent paraître chez elles le fléau meurtrier, mais sa patrie de prédilection c'est l'Égypte. Dans ces différents pays, constamment on rencontre quelques cas de peste isolés; mais de temps à autre elle éclate avec fureur et fait de nombreuses victimes. La régence de Tripoli, celle de Tunis, l'empire du Maroc, présentent un danger infiniment moindre; ils exigent cependant une surveillance particulière.

Dans ces différentes contrées où l'on voit la peste naître spontanément, son développement a pu être attribué à des conditions déterminées agissant à la fois sur une grande partie de la population. Prenons pour exemple l'Égypte; tous les pays où la peste se développe spontanément se trouvent dans des conditions analogues, mais à des degrés moindres. Résumons en quelques mots le tableau si frappant que M. Hamont a tracé de l'hygiène de l'habitant du Delta.

Sa tanière, construite avec de la boue et une charpente composée d'ossements d'animaux, est basse et humide; l'homme n'y pénètre qu'en rampant. Ces habitations, adossées les unes aux autres, sont assez rapprochées pour ne pas permettre la libre

circulation de l'air. Là, toute la famille couche pêle-mêle sur la terre humide. L'Égyptien entoure sa demeure d'une montagne d'ordures, de décombres. Il se chauffe avec un mélange d'excréments d'hommes et d'animaux séchés au soleil; il respire constamment un air dont le méphitisme est intolérable pour l'Européen, car le cimetière est presque constamment au milieu du village, et contient des tombeaux toujours ouverts qui laissent exhaler une odeur cadavéreuse. Le fellah peut-il lutter contre de pareilles causes d'insalubrité, quand il en est réduit à manger des graines de coton, des noyaux de dattes qu'il a pilés et moulés en galettes, de la viande provenant d'animaux malades, du fromage où s'agitent des milliers de petits vers blancs?

Du poisson pourri, des feuilles de mauve, des feuilles de chardon, des dattes vertes ou pourries, des oignons crus, des concombres, des courges également crus, des pastèques, voilà ce qui complète l'alimentation habituelle du fellah, si vous ajoutez que, pendant la plus grande partie de l'année, il ne boit que de l'eau séjournant dans des mares ou de l'eau saumâtre.

Mais dans les villes les conditions sont-elles beaucoup meilleures? Qu'il nous suffise de dire qu'au Caire, ville de 200,000 âmes, le canal qui traverse la ville reçoit toutes les immondices qu'y déversent les égouts; l'eau du fleuve n'y pénètre qu'une seule fois dans l'année, trouble et limoneuse; bientôt elle noircit et s'évapore, en remplissant les maisons voisines d'un méphitisme qui fatigue la tête et soulève l'estomac. Ajoutons encore que vingt-cinq cimetières sont dans l'intérieur de la ville; que dans le quartier des Coptes, composé de 300 maisons, la plupart contiennent des caveaux de sépulture renfermant chacun de 80 à 90 cadavres. Ces caveaux sont dans les cours; mais il en est d'autres, contenant jusqu'à 30 cadavres, au-dessus desquels habite la famille, qui n'en est séparée que par un plancher.

Est-il donc étonnant, s'écrie M. Prus, que le Caire soit un foyer producteur de peste?

Si j'ai tant insisté sur les causes qui président au développement de la peste spontanée, c'était pour faire voir la possibilité de la faire disparaître en changeant les conditions hygiéniques des pays où elle se développe. Peut-être, a dit M. Hamont dans

une des dernières séances de l'Académie de médecine, les puissances européennes pourraient-elles, par leur influence morale, amener la destruction de ces foyers producteurs de la peste, et de même qu'elles interviennent pacifiquement pour empêcher un peuple de détruire par les armes un autre peuple, de même elles pourraient intervenir pour empêcher un peuple de se détruire lui-même. Dans ce cas, l'amélioration des conditions hygiéniques serait plus efficace que toutes les mesures sanitaires pour nous préserver de la peste.

Mais revenons à la marche de la peste, à la manière dont elle se comporte. La peste, avons-nous dit, règne presque constamment dans les divers pays que nous avons désignés plus haut; mais ce sont des cas isolés, qui, souvent funestes pour ceux qui en sont atteints, n'ont en définitive aucune influence sur la santé publique; cette peste, dite sporadique, ne se transmet pas. Toutefois de temps en temps la peste sporadique passe à l'état épidémique, c'est-à-dire qu'elle attaque à la fois un grand nombre d'individus. L'épidémicité d'une maladie est caractérisée par certaines particularités qui la distinguent des maladies non épidémiques; mais comme ces caractères sont purement médicaux, nous les passerons sous silence pour aborder une question qui nous intéresse davantage.

La peste épidémique se transmet, mais elle ne se transmet pas, comme l'admettent les contagionistes, par le contact de l'homme sain avec l'homme pestiféré; elle se transmet par infection, c'est-à-dire que là où ont séjourné un ou plusieurs pestiférés, se trouvent dans l'air des miasmes pestilentiels qui peuvent être respirés, qui peuvent être avalés, et qui, sous l'influence de la constitution épidémique, développent la peste. Mais un fait important à bien constater, c'est que, pour que ces miasmes aient une influence bien évidente, il faut séjourner pendant un certain temps dans un foyer d'infection pestilentielle. Le docteur Rigaud, qui en 1835 avait soigné les pestiférés d'Alexandrie avec tant de dévouement et d'abnégation, mourant lui-même de la peste, disait à M. de Lesseps, consul de France, qui le visita et lui serra amicalement la main jusqu'au dernier moment : « Venez me voir vingt fois par jour si vous le pouvez, mais

ne restez jamais plus de cinq minutes dans ma chambre. »

Sont-ce là les paroles d'un ami qui aurait cru à l'influence du contact? et n'y voit-on pas la sollicitude d'un homme convaincu de l'influence d'un séjour prolongé dans l'atmosphère d'un pestiféré?

Plaçons donc ici cette conclusion, en tous points conforme aux idées de la commission de l'Académie de médecine :

La peste n'est pas transmissible par le contact; elle se propage à la manière des maladies épidémiques, mais sous l'influence du génie épidémique elle se transmet par infection miasmatique.

La peste est-elle transmissible en dehors du foyer épidémique? Beaucoup de faits prouvent qu'elle peut se transmettre encore dans ce cas par infection miasmatique; elle pourra se communiquer aux individus qui vivront dans l'atmosphère du pestiféré, mais la maladie ne s'étendra pas sur le reste de la population, et même on pourra rester en contact avec le malade, vivre auprès de lui, lui donner tous les soins, et ne pas contracter la peste toutes les fois que les conditions d'aération seront convenables. Ce que j'avance est prouvé par une multitude de faits qui peuvent tous se résumer en ces quelques mots : Toutes les fois que l'on a pu transférer les malades au grand air, loin du foyer épidémique, on a pu les toucher, les soigner, ils ont pu guérir ou mourir sans communiquer leur maladie à personne. Aussi a-t-on vu très-fréquemment une ville pestiférée communiquer librement avec d'autres villes sans y causer l'invasion de la peste, par cette raison que dans l'une existait la constitution épidémique qui dans l'autre était absente.

Sydenham avait déjà dit que la peste importée dans un pays ne pouvait pas y faire de grands ravages si elle n'y rencontrait pas une constitution épidémique particulière.

Ainsi donc, la peste se transmet en dehors des foyers épidémiques par infection miasmatique, mais on peut éviter cette transmission par de bonnes conditions d'aération.

Les hardes et les marchandises pourront-elles transmettre la peste?

La commission, à cette question, a répondu ainsi :

Des faits en très-grand nombre prouvent que les hardes et vêtements ayant servi à des pestiférés n'ont pas communiqué la

peste aux personnes qui en ont fait usage sans aucune purification préalable, et dans un pays actuellement ou récemment soumis à une constitution pestilentielle.

Qu'il nous soit permis de citer quelques exemples assez frappants pour porter la conviction dans tous les esprits.

La peste avait régné en Morée pendant les années 1826, 1827 et 1828; elle avait surtout sévi parmi les troupes égyptiennes. L'armée rentra en Égypte dans le mois de septembre 1828; les hardes de tous les soldats morts pendant la campagne, tant de la peste que d'autres maladies, furent apportées à Alexandrie et déposées dans les magasins d'une caserne. A cette époque, le local dont il s'agit étant devenu un hôpital militaire, les médecins engagèrent les autorités à faire prendre des précautions pour la sortie des effets, qui dans leur opinion auraient dû être brûlés. Mais le nazir turc, qui n'avait pas les mêmes craintes, fit sortir les effets sans précautions, et les mit en vente dans les bazars d'Alexandrie. Cependant on ne vit cette année-là aucun cas de peste à Alexandrie.

Le fait suivant n'est pas moins probant que celui que nous venons de citer.

M. Brayer a dit : « A Constantinople, les juifs achètent les effets non-seulement des personnes mortes de maladies ordinaires, mais encore des personnes mortes de la peste, peu importe qu'elle soit bénigne, maligne ou cruelle. C'est à Fit-Bazar que les juifs ont leurs magasins remplis de tous les habillements à l'usage des musulmans et des raïas; c'est là que se rendent tous ceux qui ont besoin d'habillements à bon marché. Si la peste a été cruelle, le marché regorge d'effets que l'on n'a pas songé à désinfecter; les galeries sont obstruées d'allants et de venants. Les chalands ne s'en tiennent pas à un fripier; de peur d'être trompés, ils vont de boutique en boutique, maniant et remaniant les objets avant de conclure le marché. C'est là que furent réunies en grande partie les dépouilles de 150,000 victimes de l'épidémie de 1812. Quel foyer de miasmes pestilentiels! s'écrie M. Brayer. Une partie de ces objets passa promptement dans les mains des habitants de Constantinople; une autre fut expédiée dans les principales villes de la Turquie européenne

et asiatique. Ce qui ne fut pas vendu fut entassé dans des magasins petits, sales, obscurs, sans fenêtres, où l'air ne peut circuler, et revendus l'année suivante. Et cependant les cas de peste, encore assez nombreux vers le milieu de décembre, étaient presque nuls à la fin de ce mois. Les juifs, dont il n'aurait pas dû rester un seul, perdirent moins de monde, en proportion de leur nombre, que les Grecs, qui ont une très-grande peur de la contagion de la peste[1]. »

La transmissibilité de la peste par les marchandises dans les pays où elle est endémique ou épidémique n'est nullement prouvée.

Il n'est pas constaté que la peste soit transmissible, hors des foyers épidémiques, par les hardes et les vêtements ayant servi à des pestiférés.

Il n'est nullement établi que les marchandises puissent transporter la peste hors des foyers épidémiques.

Enfin se présente une question de la plus haute importance : c'est celle dont dépend la fixation raisonnée et nullement arbitraire de la durée de la quarantaine.

Quelle est la durée ordinaire ou extraordinaire de l'incubation de la peste ?

On ne peut pas, à la vérité, assigner à la peste une limite d'incubation fixe et absolue ; mais il paraît cependant démontré, d'après les faits connus, que loin des pays où la peste est endémique, et en dehors des foyers épidémiques et des foyers d'infection pestilentielle, cette maladie n'a jamais éclaté chez les personnes compromises après un isolement de huit jours. Les faits, en petit nombre, que l'on pourrait regarder comme faisant exception à cette règle, sont tous susceptibles d'une autre interprétation.

La partie purement médicale de notre tâche est enfin terminée ; passons maintenant aux applications des données scientifiques dont nous avons présenté un tableau succinct.

Examinons d'abord quel est le principe de notre législation actuelle sur les quarantaines, discutons quelques points parti-

[1] Rapport fait à l'Académie, pages 404, 405 et 406.

culiers; et quand nous aurons démontré en quoi les règlements actuellement en vigueur sont vicieux, nous exposerons les modifications demandées par la commission de l'Académie de médecine, et enfin nous examinerons le projet d'ordonnance communiqué à la chambre des députés, le 4 juin 1846, par M. le ministre de l'agriculture et du commerce.

Toute notre législation sur les quarantaines est fondée sur ce principe que la peste se communique par le contact, et ce n'est que dans quelques détails pratiques que l'on retrouve la possibilité de l'infection. Aussi, dans toutes les mesures sanitaires en vigueur au lazaret de Marseille, nous voyons la crainte du contact portée à l'excès, et par cette raison même les règlements les plus meurtriers, les plus barbares sont mis en pratique. Ainsi, par exemple, qu'un cas de peste vienne à se déclarer sur un navire en quarantaine, on fait transporter le malade au lazaret et on envoie des gardes de santé sur le navire; et si la présence du pestiféré y a produit un foyer d'infection, il faut que les nouveaux venus restent soumis à la funeste influence des miasmes pestilentiels, tandis que, maintenant, c'est un fait bien reconnu par la science que le pestiféré étant transporté au lazaret, le navire évacué, le personnel sain placé dans un lieu bien aéré, spacieux, mais cependant soumis à une surveillance que la prudence exige toujours, la peste ne fera pas de progrès, ou du moins si quelques nouveaux cas viennent à paraître, ils seront rares, et il suffira de disséminer les passagers pour éteindre jusqu'à son dernier principe.

Mais le malade une fois porté au lazaret, que devient-il? On enferme avec lui quelqu'un pour le soigner *à distance;* on enferme aussi deux gardes de santé chargés de surveiller et le malade et celui qui doit lui donner des soins, pour empêcher leur contact. Dès lors trois hommes sont enfermés dans un endroit qui va devenir un foyer d'infection, et gratuitement on va les exposer à contracter la maladie. Le pestiféré a-t-il besoin d'un chirurgien pour lui ouvrir ses bubons, ses charbons, de deux choses l'une : ou bien on lui envoie un élève en chirurgie qui, à partir de ce moment, reste enfermé dans le même enclos, et se trouve exposé à la peste alors qu'un séjour de quelques minutes

seulement auprès du malade et les opérations qu'il lui a pratiquées ne l'exposaient à aucun danger; ou bien on jette au pestiféré un bistouri dont il est invité à se servir sur lui-même, si sa raison, si ses forces, si son courage lui permettent de diriger une main toujours inexpérimentée.

Mais ce n'est pas tout : quelque employé du lazaret a-t-il touché à un ustensile ayant servi à un des individus enfermés dans l'enclos du pestiféré, immédiatement il est enfermé lui-même, il entre en quarantaine.

Règlements de l'intendance sanitaire de Marseille, art. 632. « Si par accident le garde distributeur (des vivres) touche avec une cuiller ou avec toute autre chose l'assiette, le plat ou le vase dans lequel il verse la ration, l'objet qu'il a touché y reste joint et n'est pas retiré par le garde, qui doit être d'autant plus attentif à ce qu'il fait, qu'il serait enfermé de suite dans l'enclos s'il arrivait qu'il touchât ou avec ses mains ou avec ses vêtements à quelqu'un des ustensiles du service intérieur. »

Quant aux médecins et chirurgiens du lazaret, les règlements de l'intendance sanitaire de Marseille ne les exposent pas à contracter la peste.

Art. 115. « Les médecins et chirurgiens n'entrent point dans l'enclos où est soigné le pestiféré; ils s'arrêtent toujours à plus de 6 mètres de distance de la première porte, de manière qu'ils sont à plus de 12 mètres du malade qu'ils visitent, lequel se montre à eux si son état le lui permet, et leur parle sans dépasser la barrière de fer qui est dans l'enclos. »

Art. 116. « Lorsqu'il ne peut pas sortir de sa chambre, les médecins se règlent sur le rapport qui leur est fait par l'élève chirurgien, ou, à défaut de celui-ci, par toute autre personne placée dans l'enclos pour soigner le malade, et ils prescrivent les remèdes convenables à sa situation. »

Qui donc, en lisant de pareilles atrocités, pourrait se croire en France et dans le XIX[e] siècle? Depuis de longues années les médecins égyptiens ont mieux compris leurs devoirs; ils visitent, ils soignent, ils touchent, ils opèrent les pestiférés, et en temps d'épidémie, semblables à ces généreux médecins de Paris qui en 1832, pendant le choléra, passaient leurs journées et leurs

nuits dans les hôpitaux, on les voit constamment au chevet des malades, et ils ne craignent pas de pousser la maladie jusque dans ses derniers retranchements, en allant chercher son secret au sein des cadavres. Du reste, le vœu des médecins de Marseille est de pouvoir être admis auprès des pestiférés, de pouvoir les soigner, les panser comme les autres malades.

Si j'insiste sur ces détails, c'est pour montrer jusqu'à quel point a été poussée la crainte de la contagion, puisqu'elle a été jusqu'à faire abandonner les pestiférés, et pour faire voir combien ont besoin d'être revus des règlements aussi inhumains, et qui portent dans tous leurs articles le même degré d'exagération.

En abordant maintenant la discussion de quelques points particuliers de notre régime quarantenaire, examinons sur quelles bases on a fondé la division des marchandises en susceptibles, douteuses et non susceptibles. Est-ce sur l'expérience ? Mais si nous mettons à profit les données que la science nous fournit, nous voyons qu'il n'est nullement prouvé que les hardes, que les marchandises en général peuvent transmettre la peste. Rien certainement ne paraîtrait plus propre à renfermer les principes pestilentiels que les balles de coton : cependant pendant la peste de 1835, qui fit tant de ravages en Égypte, il suffit au pacha de baisser de quelques centimes le prix de ses cotons pour déterminer les Anglais à les enlever avec avidité (*Courrier français*, 18 avril 1835); et malgré les funestes prédictions des contagionistes de l'époque, il ne se montra pas un seul cas de peste.

A-t-on pris pour base de la division que nous examinons la porosité des corps, la facilité avec laquelle ils s'imprègnent? Nullement; car parmi les objets susceptibles nous ne trouverions pas les verroteries, le corail, les quincailleries, et parmi les objets non susceptibles, les grains moulus, la farine, le pain, l'amidon, le gruau, etc., les bois en bloc, poutres, planches, tonneaux, caisses, etc.

Il nous paraît clairement prouvé que la division des effets et marchandises en susceptibles, douteuses, et non susceptibles, est purement arbitraire, souverainement illogique, dans l'application qui en a été faite, et qu'elle doit être complétement abandonnée.

Examinons maintenant d'après quel principe a été établie la durée de la quarantaine. A-t-on cherché pendant combien de temps le contact d'un individu qui aurait été en rapport avec un pestiféré peut être dangereux? a-t-on cherché combien il fallait de temps pour que des marchandises ne pussent plus communiquer la peste? Il est évident que de pareilles recherches n'ont pas été faites, puisque maintenant il est prouvé que le contact d'un homme sain dans un lieu où n'existe pas d'épidémie pestilentielle ne peut pas être nuisible, alors même qu'il a été en contact avec un pestiféré. Quant aux marchandises et aux vêtements, nous savons qu'il est extrêmement douteux qu'ils puissent communiquer la peste même dans un foyer épidémique. A-t-on cherché à connaître pendant combien de temps peut durer l'incubation de la peste, c'est-à-dire, combien de jours après l'exposition à l'infection pestilentielle les premiers symptômes de la peste pourront se déclarer? Ces investigations n'ont pas été faites, on n'y a pas même songé, et la durée de la quarantaine a toujours été fixée arbitrairement; ce qui le prouve c'est le temps pendant lequel on prolonge la quarantaine même pour les bâtiments qui ont la patente nette. En effet, pour les passagers, l'isolement doit durer neuf jours *après leur débarquement au lazaret*, douze jours pour le navire; on ne tient aucun compte du temps de la traversée, quoique l'état sanitaire de tout l'équipage ait été bon. Ici encore des modifications importantes pourront être apportées, puisqu'il est prouvé que la période d'incubation ne dépasse pas huit jours; mais pour que ces modifications présentent toutes les garanties exigibles, pour que le temps de la traversée puisse compter dans la quarantaine, il faut dans le point de départ du navire et dans les différents points de relâche, des précautions particulières qui jusqu'à présent n'ont pas offert le degré de sévérité que l'on est en droit d'exiger. Sous le régime actuel toutes les mesures sanitaires sont prises au lieu d'arrivée; celles du point de départ ne sont qu'accessoires; il serait important, pour abréger d'une manière notable le temps de la quarantaine, d'avoir au point de départ, d'avoir pendant le cours de la traversée, des garanties telles que peu de choses restassent à faire à l'arrivée des navires.

Indiquons en peu de mots les mesures actuellement en vigueur ; nous dirons en quoi elles pèchent et quelles autres doivent leur être substituées.

« Les précautions à prendre au départ des navires quittant les pays suspects sont actuellement déterminées ainsi qu'il suit :

» Aux termes de l'ordonnance du 7 août 1822, tout navire doit être porteur d'une patente délivrée au point de départ et visée dans tous les ports de relâche.

» La patente doit être délivrée par les consuls, mais seulement après une visite faite par un médecin. »

Quel sera le médecin chargé de cette visite? quelle responsabilité son certificat lui fera-t-il encourir? à quelle époque et d'après quelles règles procédera-t-il à cette visite? Rien de tout cela n'est spécifié, tous ces points sont complétement livrés à l'arbitraire de nos consuls; et, de plus, nous devons ajouter qu'en fait, la visite par un médecin n'a eu lieu que dans certaines localités et fort irrégulièrement.

Mais supposant la visite du médecin faite régulièrement, une autre question de la plus haute importance se présente. Combien de temps avant le départ du navire la patente doit-elle être délivrée?

Ordonnance du 3 *mars* 1822, art. 17. « Les patentes de santé doivent être visées dans tous les lieux de relâche, à l'effet de constater l'état sanitaire du pays et du navire.

» En cas d'un séjour prolongé au delà de cinq jours après la délivrance ou le visa de la patente, soit dans le lieu du départ, soit dans celui de relâche, un nouveau visa devient nécessaire. »

D'après cet article de l'ordonnance de 1822, un navire peut ne partir que le cinquième jour après la délivrance de sa patente et elle reste valable. Quelle sécurité peut-elle alors offrir? Est-ce que pendant ces cinq jours l'état sanitaire de l'équipage ne peut pas avoir changé? est-ce que pendant ces cinq jours l'état sanitaire du point de départ ne peut pas s'être modifié?

Nous voyons ici la nécessité d'une réforme des plus importantes : pour que la patente ait toute la valeur que l'on doit lui attribuer, il faut qu'elle soit délivrée par le consul français du port de départ, et il faut qu'à cette patente soit et reste annexé

un certificat délivré par un médecin français, dépendant du gouvernement français, responsable au même titre que le consul. Il faut en outre, et c'est une condition majeure, que la visite du médecin soit faite le jour même ou tout au plus la veille du départ du navire.

Mais là ne se borneraient pas les fonctions de médecin sanitaire. L'article 78 de l'ordonnance de 1822 est ainsi formulé :

« Il est enjoint à tous nos agents au dehors d'informer notre ministre de l'intérieur des renseignements qui importeront à la police sanitaire de notre royaume. S'il y avait péril, ils devraient avertir l'autorité française la plus voisine des lieux qu'ils jugeraient menacés. »

Nos agents, au dehors, sont-ils compétents pour juger une pareille question? Les médecins sanitaires, et par leurs études spéciales, et par leurs occupations de chaque jour, et par leur institution même, ne seraient-ils pas bien plus aptes à fournir des informations précises?

C'est seulement à la condition que l'état sanitaire du point de départ et de tout le personnel du navire aura été bien constaté par un homme compétent, que la durée de la quarantaine pourra être diminuée, et que le temps de la traversée pourra être compté dans la quarantaine.

Mais les mesures sanitaires ne s'appliquent pas seulement aux provenances des pays étrangers, on peut encore être appelé à les appliquer dans le cas où la peste viendrait à se développer en France.

Les usages mis en pratique jusqu'à ce jour sont ceux-ci : on cerne le lieu affecté par ce que l'on appelle un cordon sanitaire, c'est-à-dire, par des troupes en quantité suffisante pour empêcher toute communication du lieu infecté avec les pays voisins; par ce moyen on concentre dans le foyer d'infection tous les individus qui auraient pu en sortir, on condamne à une mort certaine des milliers d'individus qui auraient échappé par une prompte fuite, on travaille au bénéfice du fléau destructeur.

Ici encore de graves modifications doivent être apportées, fondées sur ce que nous avons dit de la fâcheuse influence des foyers d'infection, et de l'immense utilité de disperser la population,

de la placer dans des lieux bien aérés, à quelque distance du foyer épidémique.

Nous avons, jusqu'à présent, indiqué les principaux points de notre législation sanitaire sur lesquels les données de la science doivent porter leur influence. Nous terminerons en reproduisant les propositions que la commission de l'Académie de médecine a cru devoir émettre sous forme de vœux.

Ces propositions sont divisées en cinq grandes classes :

1° Indication des pays dont nous avons à craindre l'importation de la peste ;

2° Précautions à prendre au départ des navires quittant des pays suspects pour se rendre en France ;

3° Précautions à prendre pendant la traversée et lors des relâches ;

4° Précautions à prendre à l'arrivée en France ;

5° Mesures à prendre dans le cas où la peste viendrait à éclater dans une ville de France.

Sous ces cinq chefs est comprise la totalité de la législation quarantenaire.

§ Ier. — Indication des pays dont nous avons à craindre la peste.

Ces pays sont, en première ligne, l'Égypte, puis la Syrie, la Turquie d'Europe et d'Asie.

La régence de Tripoli, celle de Tunis, l'empire de Maroc, quoique présentant moins de danger, exigent cependant une surveillance particulière.

§ II. — Précautions à prendre au départ des navires quittant des pays suspects pour se rendre en France.

Tout capitaine d'un bâtiment quittant un des ports de l'Égypte, de la Syrie et de la Turquie, pour se rendre en France, devra être porteur d'une patente délivrée le jour même ou la veille du départ par le consul français de la résidence.

A cette patente sera et restera annexé un certificat du médecin sanitaire français institué à cet effet, lequel constatera l'état de la

santé du pays, celui des passagers et de l'équipage, ainsi que les conditions hygiéniques du bâtiment en partance.

La patente de santé sera brute quand régnera dans le pays du départ une épidémie pestilentielle, ou même quand celle-ci sera imminente.

La patente de santé pourra encore être brute lorsque des pestes sporadiques seront susceptibles, par leur nombre et leur intensité, de faire naître des craintes relativement à la propagation de la maladie.

Dans tous les autres cas, la patente sera nette.

Provisoirement, et jusqu'à ce que des expériences que nous regardons comme indispensables, autant dans l'intérêt de la santé publique que dans celui des relations internationales, aient résolu d'une manière évidente pour tous la question de la non-transmissibilité ou de la transmissibilité de la peste par les hardes et vêtements, ces hardes et vêtements seront ventilés en mer avec les précautions convenables, ou bien les malles contenant le linge et les habits des passagers et de l'équipage seront plombées au lieu du départ, et ne seront ouvertes que dans un lazaret français. Dans ce dernier cas, on ne laissera à la disposition des voyageurs et des marins que le linge et les vêtements nécessaires pour la traversée.

§ III. — Précautions à prendre pendant la traversée et lors des relâches.

Tout bâtiment de la marine royale, tout paquebot-poste venant du Levant aura à bord un médecin. Il est à désirer que le médecin placé à bord du paquebot-poste ressorte de l'administration de la santé de France.

Ces médecins veilleront à l'observation rigoureuse des lois de l'hygiène, surtout en ce qui concerne l'aération du navire.

Ils inscriront chaque jour sur un registre tout ce qui est relatif à la santé des personnes à bord. En cas de maladie, ils s'attacheront à indiquer avec précision les antécédents des malades, les symptômes, la marche, le traitement, le mode de terminaison de toutes les affections observées. Tous les soirs le capitaine arrê-

tera et signera ce registre, dont les feuillets seront cotés et parafés par l'autorité désignée à cet effet.

Si le navire vient à relâcher pendant le voyage, le certificat délivré au port du départ sera visé par le médecin sanitaire de la résidence, lequel consignera ses observations sur l'état de la santé du pays et de la localité. La patente elle-même sera visée et modifiée, s'il y a lieu, par le consul.

Le médecin du bord tiendra note exacte de toutes les communications accidentelles ou autres qui pourront avoir lieu pendant la traversée, ainsi que de toutes les circonstances importantes pour la santé qui pourront se rattacher à ces communications.

Quant aux navires qui n'auront pas de médecins sanitaires à bord, M. le ministre du commerce fera rédiger une instruction spéciale destinée aux capitaines, et contenant l'indication des signes auxquels on reconnaît la peste, des soins à donner aux pestiférés, des mesures à prendre pour prévenir la formation des foyers d'infection pestilentielle sur les navires, ou pour les détruire s'ils viennent à se former.

Ces capitaines tiendront note, sur un registre coté et parafé, de toutes les communications qui pourront avoir lieu, soit dans les ports de relâche, soit en mer, ainsi que de toutes les maladies éprouvées par les personnes à bord : ces notes seront inscrites au fur et à mesure des événements.

§ IV. — Précautions à prendre à l'arrivée en France.

Les capitaines des bâtiments de la marine royale, les capitaines des paquebots-postes et de tous autres bâtiments ayant un médecin sanitaire à bord, remettront à l'autorité compétente :

1° La patente et le certificat de santé y annexé qui auront été délivrés au port de départ ;

2° Le journal tenu par le médecin du bord, et constatant les maladies et faits médicaux survenus pendant la traversée.

Le médecin sanitaire du port d'arrivée examinera ces deux pièces ; il se rendra ensuite à bord, constatera l'état de santé de l'équipage et des passagers, ainsi que les conditions hygiéniques du navire, et fera connaître le résultat de ses investigations

dans un rapport dont le modèle sera tracé par l'administration.

Sur le vu de la patente et du certificat de santé délivrés au port de départ, du journal médical du bord et du rapport rédigé par le médecin sanitaire du port d'arrivée, l'autorité compétente prescrira la durée de la quarantaine, et, s'il y a lieu, les mesures spéciales de désinfection à mettre en usage.

Pour les navires ayant un médecin sanitaire à bord, et venant d'Égypte, de Syrie ou de Turquie avec une patente nette, la quarantaine sera de dix jours pleins à partir du départ, quand la peste ni aucune maladie suspecte ne se sera manifestée à bord pendant la traversée.

La quarantaine sera de quinze jours pleins, à partir du départ, pour les mêmes navires arrivant avec patente brute, s'il ne s'y est manifesté ni peste ni maladie suspecte, avant le départ ou pendant la traversée.

Pour les navires du commerce n'ayant pas de médecin sanitaire à bord, il sera prescrit une quarantaine d'observation de dix jours pleins à partir de l'arrivée.

Lorsque les mêmes navires arriveront avec patente brute, mais sans avoir eu en mer ni peste ni maladie suspecte, ils subiront une quarantaine de rigueur de quinze jours à partir de l'arrivée.

Le bâtiment, quel qu'il soit, quelle que soit sa patente, qui aura eu pendant la traversée, ou qui aura lors de son arrivée dans un port français, un malade atteint de la peste ou d'une maladie suspecte, sera soumis à une quarantaine de rigueur dont la durée sera déterminée par l'autorité sanitaire.

Les passagers et l'équipage seront transportés au lazaret, où ils subiront une quarantaine de quinze jours au moins et de vingt jours au plus. Les marchandises seront débarquées et aérées.

Le navire, bien nettoyé, bien lavé, bien ventilé, bien purifié, restera vide pendant un mois au moins.

Il sera défendu aux gardes de santé, ainsi qu'à toute autre personne, d'aller sur le navire.

Les pestiférés admis dans les lazarets français devront y recevoir tous les secours et tous les soins qui sont donnés aux ma-

lades ordinaires dans les établissements hospitaliers les mieux dirigés et les mieux tenus.

Les bâtiments destinés à les recevoir seront disposés de manière à assurer aux pestiférés et aux personnes qui les soignent, les meilleures conditions hygiéniques, et surtout une aération facile et complète, si nécessaire pour prévenir la formation des foyers d'infection pestilentielle.

Les médecins des lazarets recueilleront l'histoire complète de tous les cas de peste ou de maladies suspectes qui y seront traités. En cas de mort, ils consigneront dans un procès-verbal les résultats de l'autopsie.

§ V. — Mesures à prendre dans le cas où la peste viendrait à éclater en France.

Si la peste se manifeste dans une maison, il faudra faire porter de suite le pestiféré dans un endroit éloigné et parfaitement aéré, où il recevra tous les soins que réclame son état. Tous les autres habitants de la maison se tiendront dans un endroit désigné par l'autorité, et où ils seront soumis à la surveillance d'un médecin. La maison évacuée sera nettoyée, lavée, aérée, purifiée, et devra rester vide pendant un mois au moins.

Plusieurs maisons viennent-elles à être frappées, on tiendra pour chacune d'elles la conduite qui vient d'être indiquée. De plus, on excitera ou même on contraindra le plus grand nombre possible des habitants à sortir de la ville, en les soumettant aux mesures d'isolement nécessaires pour empêcher la propagation de la maladie aux populations voisines.

Si des villes entières étaient envahies, ces dispositions devraient être mises à exécution sur une plus grande échelle. Il faudrait toujours, d'une part, s'attacher à faire sortir des foyers épidémiques toutes les personnes non encore atteintes de la maladie; de l'autre, isoler, disséminer les pestiférés, en les plaçant dans des endroits élevés et bien ventilés, de manière à prévenir la formation de foyers d'infection pestilentielle.

Telles sont les propositions pratiques formulées par la commission de l'Académie de médecine; on y voit les modifications

les plus importantes nettement proposées, mais rédigées avec une prudence que l'on ne saurait trop louer dans une question qui intéresse à un si haut degré la santé publique.

Examinons maintenant le projet d'ordonnance communiqué à la chambre des députés le 3 juin 1846, par M. le ministre de l'agriculture et du commerce.

« Les passagers arrivant de Constantinople en patente nette par les paquebots-postes et par les bâtiments de l'État, ayant à bord un médecin sanitaire, seraient admis immédiatement à la libre pratique, lorsqu'il se sera écoulé neuf jours pleins depuis leur départ.

» Les mêmes dispositions seraient applicables aux passagers des bâtiments de commerce en patente nette venant de Constantinople ayant un médecin sanitaire à bord.

» Les passagers des bâtiments de commerce en patente nette n'ayant pas de médecin sanitaire à bord, seraient soumis seulement à une quarantaine d'observation de cinq jours.

» A l'avenir, les provenances d'Alexandrie pourront être placées sous le régime de la patente nette : dans ce cas, les passagers des paquebots et des bâtiments de l'État, des navires du commerce, ayant à bord un médecin sanitaire, seraient admis en libre pratique douze jours pleins après leur départ d'Alexandrie.

» Les passagers des bâtiments de commerce n'ayant pas de médecin sanitaire à bord seraient assujettis à une quarantaine d'observation de sept jours. »

Ce projet d'ordonnance, qui ne s'applique absolument qu'aux provenances en patente nette, ne nous paraît pas cependant présenter toutes les garanties que l'on est en droit d'attendre : il ne modifie en rien les règlements actuels sur la manière dont la patente sera délivrée ; nous avons prouvé combien elle est vicieuse et combien elle devait offrir peu de sécurité. La commission de l'Académie de médecine est plus prudente, quand elle propose la création de médecins sanitaires chargés de délivrer un certificat qui devra rester annexé à la patente ; et même avec la confiance que peut inspirer la délivrance éclairée du certificat de santé, la commission de l'Académie n'a pas cru devoir res-

treindre la durée des quarantaines pour les provenances de Constantinople, autant que M. le ministre de l'agriculture et du commerce se propose de le faire. En effet, la dernière limite de la durée de l'incubation de la peste est de huit jours; mais par excès de prudence la commission demande dix jours pleins depuis le départ, le ministre dit neuf jours; peut-être est-ce se renfermer trop strictement dans des limites que quelques cas exceptionnels pourraient franchir.

Enfin une autre question nous paraît devoir être examinée. Pourquoi neuf jours seulement de quarantaine pour les provenances de Constantinople, et pourquoi douze jours pour celles d'Alexandrie, également sous le régime de la patente nette? L'incubation de la peste d'Égypte est-elle plus longue que celle de la peste de Constantinople? Et si cela n'est pas, pourquoi faire cette différence entre les provenances des deux pays?

Tel est l'état actuel de la question quarantenaire. Nous sommes dans un moment de transition, et tout nous fait espérer que d'ici à peu de temps un peu de liberté sera rendu au commerce, et que les communications internationales deviendront plus faciles, sans compromettre en rien la sécurité de nos ports de mer. C'est à l'Académie de médecine, c'est au beau travail de son savant rapporteur que nous serons redevables de cet heureux résultat.

De la nature et des effets généraux de la subrogation.

Par M. Frédéric MOURLON, avocat à la cour royale de Paris, docteur en droit.

HUITIÈME ET DERNIER ARTICLE. — *V.* t. I, p. 525 et 805; t. II, p. 161, 260, 738 et 888; t. III, p. 344.

Troisième système. — *La nature et les effets de la subrogation diffèrent suivant la manière dont elle a lieu.*

1° La subrogation consentie par le créancier au profit du tiers qui le paye est une cession proprement dite, *une vente de la créance* moyennant la somme reçue en payement.

Le subrogé acquiert donc, comme un cessionnaire ordinaire, l'ancienne créance telle que l'avait le créancier originaire, dans toute son étendue, à moins de clauses ou de circonstances spéciales qui révèlent chez les parties une intention contraire.

2° Lorsque le débiteur subroge lui-même celui qui a prêté l'argent avec lequel il a payé le créancier, la subrogation n'empêche pas que la dette ne soit éteinte avec tous ses accessoires; car quel autre effet pourrait produire le payement fait par le débiteur lui-même? Mais si le droit primitif a cessé d'exister, le nouveau créancier reçoit par la subrogation, c'est-à-dire du *consentement du débiteur*, un droit semblable et tout aussi fort, *jus simile et æquè potens*, muni d'hypothèques, de priviléges, ou autres sûretés entièrement identiques à celles qui ont appartenu à l'ancien créancier. Cette espèce de subrogation a donc pour effet d'attacher à l'action née du prêt, non pas les accessoires de la dette acquittée, car ils se sont éteints avec elle, mais des accessoires semblables, des hypothèques, des priviléges, des cautionnements également puissants.

3° La subrogation légale en principe a même nature et mêmes effets que celle qui est consentie par le débiteur, sauf que le subrogé, au lieu de recevoir son droit du débiteur qu'il libère, le tient de lui-même (*V.* M. Toullier, t. VII, n°s 97 et suiv.).

J'ai bien de la peine, je l'avoue, à prendre au sérieux un tel

système ; mais il est soutenu par des hommes si justement célèbres, qu'il serait dangereux peut-être de le mentionner sans en montrer l'évidente fausseté.

Suivant M. Toullier, l'effet de la subrogation sera différent suivant qu'elle sera conventionnelle ou légale, et, dans le premier cas, suivant qu'elle émanera de la volonté du créancier ou de celle du débiteur.

Cette distinction suffirait, à mon sens, pour ruiner tout le système : car, quant aux effets qu'elles peuvent produire, le Code n'a nulle part distingué entre les diverses espèces de subrogations. Qu'elle soit légale ou conventionnelle, qu'elle émane du créancier ou du débiteur, l'effet produit est toujours le même. Que l'on consulte un à un tous les articles relatifs à la matière, et l'on trouvera partout un résultat uniforme, invariable, l'acquisition des droits de l'ancien créancier par le créancier nouveau (*V.* art. 1250, 1° et 2°, 874, 2029 du C. civ. et 159 du C. de comm.). Il est si vrai que l'effet produit est commun à toutes les espèces de subrogations que la loi ne prend pas même la peine de le mentionner quand elle traite des différents cas de subrogation légale.

Le système repose donc sur une distinction qui n'est pas dans la loi. Sa base n'est qu'une simple affirmation démentie par la loi même.

Mais examinons chaque cas en particulier.

Premier cas. — *Subrogation volontairement consentie par le créancier.*

Primus doit 5,000 francs à *Secundus; Tertius* offre de payer la somme due par *Primus. Secundus* accepte et donne quittance conçue en ces termes : « Je reconnais avoir reçu de *Tertius* la somme de 5,000 francs qu'il m'a payée *en l'acquit* de *Primus*, mon débiteur de pareille somme..... » Ou : « Je reconnais que *Tertius* m'a payé 5,000 francs en *remboursement* de pareille somme que me *devait Primus*....., moyennant quoi je subroge *Tertius* dans mes droits sur mon débiteur *Primus.* »

Suivant M. Toullier, ce payement avec subrogation n'est rien autre chose qu'un *véritable négoce* intervenu entre *Secundus* qui a vendu sa créance et *Tertius* qui lui en paye le prix, *une*

cession ordinaire qui en produit, sans exception, tous les effets.

Cependant *Tertius* n'a pas dit qu'il achetait la créance; il a dit qu'il payait en l'acquit du débiteur. C'est la dette de *Primus* qu'il a déclaré payer et non la sienne puisqu'il ne devait rien. *Tertius* n'a rien vendu puisqu'il a déclaré avoir reçu ce qui lui était dû par *Primus*. C'est l'objet et non le prix de sa créance qui lui a été payé.

Peu importe, dit M. Toullier, il est évident que l'un a voulu vendre et l'autre acheter la créance. Leur déclaration est mensongère ou inexacte; leur volonté réelle est tout le contraire de leur volonté déclarée.

Je ne puis pas suivre M. Toullier sur ce terrain; ce n'est pas discuter sérieusement que d'affirmer le contraire de ce que les parties ont expressément consigné dans leur acte, que de substituer une opération qu'elles n'ont pas faite à une opération qu'elles ont formellement déclaré faire.

Je sais bien que dans la pratique les parties emploient fréquemment dans la rédaction de leurs actes des expressions qui qualifient mal l'opération qu'elles entendent faire, qu'elles désignent, par exemple, par le mot subrogation une cession proprement dite et réciproquement, que souvent aussi elles déguisent une véritable cession sous l'apparence d'un payement fait avec subrogation; dans ces divers cas, il est du devoir du juge de restituer son véritable caractère à l'opération mal qualifiée ou déguisée sous une qualification mensongère, car la justice doit plutôt considérer la nature de l'affaire en elle-même que le nom que les parties lui ont donné : *Intelligentia dictorum ex causis est adsumenda, quia non sermoni res, sed rei est sermo subjectus.*

Mais ce que je ne puis admettre, c'est qu'on décide *à priori*, qu'on établisse comme principe, que les parties ont entendu, l'une vendre et l'autre acheter la créance, quand elles ont expressément déclaré vouloir, l'une faire et l'autre recevoir un payement, un payement en l'acquit du débiteur. C'est fonder un système sur une présomption d'erreur ou de fraude, et, par conséquent, sur une base illégale, puisque selon la loi l'erreur et le dol ne se présument jamais.

S'il n'y avait, ainsi que le dit M. Toullier, aucune différence à faire entre la cession proprement dite et le payement avec subrogation, si la loi ne considérait pas la subrogation comme un simple accident du payement qui en modifie les effets sans les empêcher tous, le Code en traiterait-il au chapitre *de l'extinction des obligations?* en ferait-il surtout un paragraphe du payement ordinaire?

Que l'on considère en outre combien la loi deviendrait injuste si elle devait être interprétée comme l'entend M. Toullier. Le tiers qui stipule la subrogation veut savoir quelles formalités il doit remplir pour sa sécurité, s'il doit, par exemple, signifier au débiteur le payement qu'il a fait en son acquit, ou obtenir de lui son acceptation par acte authentique. De son côté, le créancier auquel on demande le bénéfice de la subrogation désire connaître quelles seront les conséquences de son consentement, et, par exemple, s'il sera garant. L'un et l'autre ouvrent le Code au titre du payement avec subrogation. Qu'y trouve le futur subrogé? que la subrogation doit, pour être valable, *être expresse et faite en même temps que le payement;* en conséquence, une clause expresse de subrogation est insérée dans la quittance même du payement. Nulle autre formalité n'est exigée; il n'en remplit donc aucune autre. Eh bien! lui fera-t-on un crime de n'avoir satisfait qu'aux conditions qui lui étaient indiquées? le rendra-t-on victime de sa confiance dans la loi qui règle l'opération qu'il a faite?

En ce qui touche la garantie, la loi des subrogations ne l'impose pas au créancier qui subroge. Cette obligation de garantie lui sera-t-elle néanmoins imposée? Mais si la loi l'eût averti, il eût refusé d'accorder la subrogation; il ne l'a consentie que parce qu'il a pensé, d'après la loi même, que son consentement ne l'obligerait à rien de particulier, que les choses se passeraient à son égard comme dans un payement pur et simple. La loi le rendra-t-elle victime de sa confiance dans la loi?

M. Toullier admet toutes ces conséquences; mais leur injustice suffira, je l'espère, pour montrer que son système est aussi dangereux qu'il est arbitraire.

Enfin si le créancier n'a reçu qu'un payement partiel, vien-

dra-t-il, pour ce qui lui reste dû, en concurrence avec le subrogé, ou le primera-t-il? Si le payement avec subrogation n'est rien autre chose qu'une véritable cession, le concours aura lieu, car la loi n'a dit nulle part que le cédant prime, pour ce qui lui reste dû, son cessionnaire partiel; mais alors l'article 1252 est ouvertement violé. Que si M. Toullier applique l'article 1252, s'il accorde au subrogeant privilége sur le subrogé partiel, son système est alors nécessairement inexact, car il n'est plus vrai de dire qu'il n'y a aucune différence à faire entre la cession proprement dite de la créance et le payement fait avec subrogation (*V.* M. Toullier, t. VII, n° 119).

M. Toullier modifie son système lorsqu'il résulte, soit des expressions de la quittance, soit même des circonstances, que les parties n'ont pas voulu, l'une acheter, l'autre vendre la créance, lorsqu'on reconnaît en fait que le subrogé a entendu gérer non sa propre affaire, mais celle du débiteur en l'acquit duquel le payement a été effectué (*V.* n° 122). Dans ce cas, le subrogé ne pourra répéter que les déboursés, à la différence d'un cessionnaire qui peut toujours réclamer, quelque minime que soit son prix d'achat, tout ce que doit le débiteur. Mais est-ce seulement dans cette restriction que consiste la modification de son système? Cela est assez difficile à découvrir. Le subrogé doit-il signifier le payement au débiteur dont il a géré l'affaire, ou obtenir de lui son acceptation par acte authentique? Le créancier subrogeant est-il encore garant? M. Toullier ne nous l'apprend point. D'autre part, quelle est dans l'hypothèse la nature de la subrogation? Est-ce encore une cession, mais dans la limite de ce qui a été payé? n'est-ce, au contraire, qu'une simple attribution des accessoires de l'ancienne dette à la dette nouvelle? Si nous consultons le deuxième alinéa du n° 122, nous trouvons que la subrogation conserve son caractère de cession; « car le subrogé n'acquiert pas seulement les accessoires de l'ancienne dette, il acquiert, de plus, *les actions* qu'avait le créancier originaire. » Que si, au contraire, nous consultons le troisième alinéa du même numéro, nous trouvons consacré le système de Merlin, car le subrogé y est présenté comme succédant seulement aux sûretés et hypothèques de l'ancienne créance. Et pourtant

M. Toullier critique ailleurs le système Merlin, en le présentant comme une subtilité purement arbitraire créée par d'habiles défenseurs pour le besoin de leur cause (*V.* n° 118, p. 143 et 144). Sur tous ces points toute critique devient impossible, car la pensée de M. Toullier est une énigme que l'esprit le plus exercé ne saurait découvrir.

Deuxième cas. — *Subrogation résultant de la volonté du débiteur ou de la loi.*

Lorsqu'elle émane de la loi, les droits de l'ancien créancier, dit M. Toullier, ne passent pas au subrogé, car ils sont éteints par le payement. Ceux qu'il acquiert *sont des droits nouveaux*, mais en tous points semblables à ceux qu'avait l'ancien créancier.

Ainsi voilà qui est bien entendu : ces droits nouveaux sont la reproduction parfaite des droits éteints. Mais s'il en est ainsi, quel profit la loi trouve-t-elle donc à éteindre des droits qu'elle va reconstituer? N'est-ce pas une loi bien bizarre que celle qui s'amuse à éteindre des priviléges, des hypothèques, des cautionnements, des contraintes par corps, des titres exécutoires, pour avoir le plaisir de les ressusciter aussitôt ?

Mais voici qui est bien plus bizarre encore! la loi va consacrer ce principe : le subrogé acquiert non pas les droits qu'avait l'ancien créancier, mais des droits nouveaux. Comment le formule-t-elle? en disant que *le subrogé acquiert tous les droits qu'avait l'ancien créancier.*

Nous avons donc une loi qui *éteint* des droits en les déclarant *conservés*, qui *crée* des droits nouveaux en déclarant que des droits préexistants *continuent de subsister !*

Lorsque la subrogation est consentie par le débiteur, la théorie de M. Toullier est aussi arbitraire, non moins bizarre et peut-être plus contraire au simple bon sens que la théorie de la subrogation légale.

Et d'abord, constatons qu'elle est comme la première la négation formelle, évidente, de la loi même. Suivant M. Toullier, le débiteur qui subroge son nouveau créancier lui transfère des droits pareils à ceux qu'avait le créancier originaire; mais il ne le subroge pas, il ne peut pas le subroger *dans les droits* du créan-

cier désintéressé. Que dit la loi? Que le débiteur *peut subroger* son prêteur de fonds *dans les droits de l'ancien créancier*. Quelqu'un soutiendra-t-il que la loi n'est pas ouvertement violée?

Mais quelle différence pratique peut-il y avoir entre la loi du Code qui déclare les droits de l'ancien créancier *conservés*, et la loi de M. Toullier qui les déclare éteints et remplacés par d'autres droits semblables nouvellement créés par la volonté du débiteur?

Oh! dit M. Toullier, il ne s'agit pas d'une pure dispute de mots; qu'on y réfléchisse bien : si les droits de l'ancien créancier sont *conservés* par la subrogation, les hypothèques continuent de grever, au profit du subrogé, tant les biens possédés par des tiers acquéreurs que ceux qui sont encore, au moment du payement, en la possession du débiteur; que si, au contraire, les anciennes hypothèques sont éteintes et remplacées par d'autres hypothèques de création récente émanant de la volonté du débiteur, il est alors évident que les immeubles possédés par des tiers acquéreurs sont, d'une part, affranchis de l'ancienne hypothèque qui pesait sur eux, et qu'ils ne peuvent pas, d'autre part, être grevés d'une hypothèque nouvelle, car autrement le débiteur hypothéquerait la chose d'autrui, ce qui est impossible (*V.* M. Toullier, t. VII, n° 136).

La subrogation légale, comme celle dont nous parlons, est, non pas conservatrice des hypothèques anciennes, mais productive d'hypothèques nouvelles; et cependant M. Toullier dit qu'elle est opposable au tiers détenteur (*V.* t. VII, n° 153). Ainsi la subrogation est-elle légale, c'est-à-dire, accordée par la loi *en considération de la volonté présumée des parties*, le subrogé peut l'opposer au tiers détenteur; est-elle conventionnelle, c'est-à-dire, accordée par la loi en considération de la volonté expresse des parties, elle n'a aucun effet contre les tiers détenteurs. Mais, dit M. Toullier, si la subrogation légale produit son effet contre le tiers acquéreur, il n'a pas à se plaindre puisque les choses restent, à son égard, dans le même état qu'avant le payement. Sans doute; mais n'est-il pas évident que le même motif milite en faveur du subrogé dans le cas de la subrogation conventionnelle?

M. Toullier reconnaît que le droit accordé au débiteur de subroger son nouveau créancier au lieu et place de l'ancien lui a

été conféré afin de lui fournir le moyen soit de se débarrasser d'un créancier fâcheux, soit de faire un nouvel emprunt moins onéreux que l'ancien; or, si nous supposons que la garantie principale de l'ancien créancier consistait en une hypothèque sur un bien possédé par un tiers acquéreur, le but que la loi s'est proposé ne pourra pas être atteint, puisque, dans ce cas, il sera impossible au débiteur de procurer au nouveau créancier un droit pareil à celui du créancier qu'il désire écarter. Il y aura donc un cas, et ce cas se présentera fréquemment, où le principe de M. Toullier sera un obstacle invincible à l'accomplissement du but que s'est proposé la loi.

Si le subrogé n'acquiert pas toutes les hypothèques qu'avait le créancier originaire, pourquoi dire que le subrogé acquiert un droit semblable à celui que le payement a éteint, *jus simile et æquè potens?* C'est *à peu près semblable*, *presque aussi fort*, qu'il faut dire.

Mais supposons prouvé et bien établi le principe de M. Toullier, admettons comme logique et régulière la conséquence qu'il en tire; veut-on savoir où cela nous conduira? à l'anéantissement complet de son système. Fort de son principe, nous renverserons une à une toutes ses applications, et réduirons à rien le bénéfice de la subrogation.

1° Si l'ancienne créance était commerciale, le subrogé, quoique le prêt qu'il a fait soit purement civil, acquiert le droit d'agir devant le tribunal de commerce (*V.* M. Toullier, t. VII, n° 165). Mais évidemment ce résultat est impossible si l'on admet que l'ancienne créance est éteinte; car un débiteur ne peut pas, de son propre chef, créer une compétence *ratione materiæ* qui ne résulte pas de la nature de son obligation.

2° Si l'ancienne créance était garantie par une contrainte par corps, celle du subrogé le sera également (Toullier, t. VII, n° 165). Nouvelle erreur! Un débiteur ne peut engager sa liberté que dans les cas où la loi le permet expressément, et la loi ne le permet pas aux emprunteurs de sommes d'argent.

3° Les créanciers hypothécaires qui étaient primés soit par le privilége, soit par les hypothèques légales, judiciaires ou conventionnelles de l'ancien créancier, diront au subrogé : Les pri-

viléges et hypothèques dont sont grevés les biens possédés par le débiteur ont été, par l'effet du payement, éteints tout aussi bien que les hypothèques portant sur des immeubles possédés par des tiers; et de même que le débiteur n'a pas pu vous consentir une hypothèque nouvelle au préjudice des tiers acquéreurs, parce que c'eût été hypothéquer la chose d'autrui, de même il n'a pas pu, par la création d'une hypothèque nouvelle, nous enlever le premier rang que nous assurait le payement, car autrement c'eût été disposer de la chose d'autrui. D'ailleurs, les priviléges immobiliers, les hypothèques légales ou judiciaires ne peuvent pas résulter de la volonté du débiteur.

4° La caution dira également : Mon obligation a été éteinte par le payement, et le débiteur n'a pas pu, par sa seule volonté, m'obliger de nouveau et engager tous mes biens, pas plus qu'il n'a pu hypothéquer les biens dont il n'était plus propriétaire au moment du payement.

Ainsi de deux choses l'une : ou le système de M. Toullier est fondé en ce qui touche les tiers détenteurs, et alors il l'est également à l'égard de toute autre personne, et alors la subrogation consentie par le débiteur reste sans aucun effet : ce n'est plus qu'une vaine promesse que fait la loi pour tromper les tiers; ou il est inexact, soit quant aux créanciers primés par le créancier désintéressé, soit quant aux cautions, et alors il l'est également par rapport aux tiers détenteurs.

Et ce qui prouve la parfaite exactitude du dilemme dans lequel nous plaçons M. Toullier, c'est que, pour justifier l'effet qu'il accorde à la subrogation contre les créanciers primés par le créancier désintéressé ou contre les cautions, il est obligé d'avoir recours à des considérations également applicables aux tiers détenteurs, et quelquefois même obligé d'abandonner son principe pour prendre le nôtre, ou plutôt celui du Code.

Ainsi la subrogation sera-t-elle opposable aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, dans un ordre ou dans un rang inférieur à celui de l'ancien créancier? Sans aucun doute, répond M. Toullier; car, d'une part, en permettant au débiteur de donner au subrogé un droit de préférence semblable à celui qu'avait l'ancien créancier sur les autres créanciers, on favorise le crédit

du débiteur; et, d'autre part, on ne nuit à personne, chacun conservant la position qu'il avait avant la subrogation (*V.* t. VII, n° 110).

Mais qui ne voit que ce raisonnement, qui est fort logique, justifie pleinement ceux qui, comme nous, soutiennent que la subrogation produit son effet tant contre les tiers détenteurs que contre les cautions et les autres créanciers du débiteur?

Et pourquoi est-elle opposable aux cautions? Parce que, dit M. Toullier, « la subrogation consentie par le débiteur n'a pas moins de force *que la vente de la créance*, parce qu'il est certain, évident *que les droits et actions de l'ancien créancier sont dans toute leur plénitude transférés* au nouveau créancier, qui peut les exercer comme l'aurait pu faire l'ancien créancier. » (*V.* t. VII, n° 162.)

Mais si cette subrogation produit le même effet que la vente de la créance, si les droits de l'ancien créancier, loin d'être *éteints*, passent *dans toute leur plénitude* au subrogé, comment se fait-il donc que l'hypothèque portant sur les biens possédés par des tiers détenteurs soit définitivement éteinte? M. Toullier parviendra-t-il jamais à concilier des idées aussi contradictoires?

Voici encore un nouveau point sur lequel M. Toullier s'écarte évidemment de son principe. « Le tuteur, quoiqu'il ne puisse pas hypothéquer les biens du mineur sans formalités, et le mineur lui-même, quoiqu'il ne puisse pas hypothéquer ses biens, peuvent consentir au prêteur la subrogation *dans les droits et hypothèques du créancier, parce que c'est* MOINS UNE HYPOTHÈQUE NOUVELLE QU'UN CHANGEMENT DE CRÉANCIER, à des conditions plus douces. » (*V.* t. VII, n° 135.)

M. Toullier s'est formé, comme on voit, un système bien élastique qui se prête à toutes les combinaisons; il a réponse à tout, et il n'est pas de difficulté dont il ne triomphe. La subrogation est, suivant le besoin de sa cause, tantôt productive de droits nouveaux, tantôt conservatrice des droits originaires, et quelquefois même en même temps productive de droits nouveaux et conservatrice des anciens. Ne dit-il pas en effet (n° 162, p. 215) que le subrogé acquiert *les mêmes droits qu'avait l'ancien créan-*

cier, OU AU MOINS *des droits tout semblables et aussi forts?* Voici donc une théorie composée de deux principes opposés et contradictoires. Nous avons une subrogation qui est à la fois conservatrice et productive de droits, ou, si l'on veut, qui n'est ni conservatrice ni productive.

M. Toullier a aussi les arguments historiques.

Pour établir que la subrogation consentie par le créancier est une *véritable* vente de la créance, il invoque la L. 36, *De fidej.*, où cette subrogation est présentée comme une vente *fictive* de la créance.

Il cite Renusson, Dumoulin et plusieurs auteurs inconnus; mais il se garde bien d'invoquer le témoignage de Pothier, que les rédacteurs, *de l'aveu même de M. Toullier*, ont suivi pas à pas; de M. Bigot de Préameneu, qui a rédigé le texte de la loi dont nous cherchons le véritable sens. M. Toullier avait ses raisons pour n'en pas parler, car Pothier et M. Bigot de Préameneu disent formellement qu'il ne faut pas confondre cette subrogation avec la vente de la créance.

A l'appui de la théorie sur la subrogation consentie par le débiteur, il invoque souvent, sur des questions particulières, le témoignage de Renusson, dont l'opinion, dit-il, a été consacrée par le Code. Or Renusson dit positivement que la subrogation consentie par le débiteur transporte au subrogé, non pas un droit semblable à celui de l'ancien créancier, mais le même droit, la même action, la même hypothèque (*V.* Renusson, chap. 4, n° 24).

Enfin, sur une question particulière, M. Toullier invoque comme étant décisive l'opinion de Pothier, et ajoute à ce sujet que les rédacteurs du Code n'ont fait que suivre pas à pas les théories de cet auteur en matière d'obligations, qu'ils n'ont fait souvent que les copier en les abrégeant (*V.* t. VII, n° 172). Mais si cela est vrai en ce qui touche les questions particulières, il paraît qu'il en est tout autrement quant à l'établissement du principe doctrinal. Pothier enseigne que la subrogation consentie par le créancier est une *cession fictive* de la créance; M. Toullier dit que c'est une cession véritable. Celle qui émane de la volonté du débiteur transmet au subrogé les mêmes droits qu'avait l'ancien créancier, dit Pothier. C'est une erreur, répond M. Toullier :

ce sont des droits nouveaux que le subrogé acquiert. Elle produit son effet contre les tiers détenteurs, dit Pothier. Cela est changé, répond M. Toullier; elle n'a aucun effet contre les tiers détenteurs.

Comme Pothier, Renusson, affirme que le subrogé acquiert le même droit, les mêmes hypothèques qu'avait le créancier désintéressé; de même Domat et M. Bigot de Préameneu : car tous sont unanimes pour proclamer la survie de la créance et de ses accessoires. Enfin, fût-il vrai que tous soient unanimes, au contraire, pour proclamer l'extinction de la créance et de ses accessoires et la création de droits et d'accessoires nouveaux, l'avis de tous ne vaudrait pas encore l'avis du Code; or, selon le Code, dont M. Toullier ne parle jamais, ce que le subrogé acquiert c'est le droit qu'avait l'ancien créancier (*V.* art. 1250, 2°).

FRÉDÉRIC MOURLON.

État de la jurisprudence en matière d'offices. — De la question de savoir si l'article 1304 du Code civil est applicable aux actions en restitution des sommes payées à titre de supplément de prix stipulé par un traité secret.

Par M. TEYSSIER-DESFARGES, avocat aux conseils du roi et à la cour de cassation.

Depuis quelque temps, la loi du 28 avril 1816 a reçu sur diverses questions une interprétation tout à fait différente de celle qui avait précédé. Ce changement dans la jurisprudence donne lieu chaque jour à de nouvelles et graves difficultés, et, quoique la cour de cassation ait fixé certains principes, il lui reste encore beaucoup à faire, car, il faut bien le dire, c'est plutôt une loi à créer qu'à interpréter.

Parmi les questions qui lui seront bientôt soumises, une des plus importantes est sans contredit celle de savoir si l'article 1304 du Code civil est applicable aux actions en restitution de sommes payées à titre de supplément de prix stipulé par un traité secret.

Décider la négative, ce serait ouvrir la porte à une foule de procès réprouvés par la morale, ce serait donner un nouvel et mémorable exemple des déplorables conséquences qu'entraînent toujours les changements de jurisprudence. En effet, depuis la loi de 1816, c'est-à-dire depuis trente ans, sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, qui avait constamment décidé que le payement des suppléments du prix constituait tout au moins une obligation naturelle, on citerait à peine un traité sur mille dans lequel une partie importante du prix n'ait pas été dissimulée, au su et au vu des chambres de discipline elles-mêmes. Il y a donc bien peu d'officiers ministériels aujourd'hui à l'abri d'une action en restitution. Si la jurisprudence actuelle est bonne pour l'avenir, il faut au moins en restreindre les effets pour le passé; autrement on troublerait sans utilité des positions depuis longtemps acquises, on exciterait ainsi la cupidité et toutes les mauvaises passions qu'elle entraîne à sa suite.

Dans une dissertation remarquable, insérée dans cette *Revue* en 1840, t. VII, l'honorable M. Duvergier disait : « Ces questions » ont été l'objet de discussions passionnées. L'intérêt personnel, » d'anciennes préventions, peut-être quelques jalousies secrètes, » ont donné une tournure violente à ces débats. »

Nous voulons bien admettre que tel n'a pas été le mobile des décisions de la justice, et, qu'uniquement préoccupée des catastrophes qui venaient coup sur coup affliger un si grand nombre de familles, elle a cherché un remède au mal. Mais en voulant atteindre le but, il faut prendre garde de le dépasser, et c'est ce qui arriverait infailliblement si on refusait d'appliquer l'article 1304 du Code civil aux demandes en restitution de sommes payées depuis plus de dix ans à titre de supplément de prix.

En présence des principes consacrés par les derniers arrêts de la cour de cassation, nous ne nous dissimulons pas toutes les difficultés que présente la thèse que nous allons soutenir; mais nous voulons au moins faire tous nos efforts pour aider les magistrats, dont le plus grand nombre désirent mettre un terme à toutes ces actions en restitution qui répugnent à la conscience des honnêtes gens et viennent troubler sans utilité un passé de trente ans.

Avant d'examiner la question que nous venons de rappeler, nous résumerons succinctement l'état de la jurisprudence.

I.

Lorsqu'une institution est profondément entrée dans les mœurs de la nation qui l'a vue naître et se développer chez elle, lorsqu'on peut la considérer à la fois comme une source légitime de fortune pour les particuliers, et comme un élément d'ordre, de force et de sécurité pour l'État, elle peut sans doute être emportée par un bouleversement politique ; mais, le calme une fois rétabli, elle ne tarde pas à reparaître et à reconquérir la place qui lui appartient : la société nouvelle, formée des débris de l'ancienne, s'empresse de la recueillir, et c'est au gouvernement de cette société que revient la tâche d'en assurer le maintien, en la dégageant des abus qui l'avaient pervertie, mais qui n'en sont pas inséparables.

Ces réflexions nous semblent pouvoir s'appliquer à la transmissibilité de certains offices et de certaines fonctions, soit à prix d'argent, soit par voie héréditaire, telle qu'elle existait sous l'ancienne monarchie. On sait qu'elle fut abolie par la loi du 4 août 1789. Le consulat voulut la ressusciter, au moins en partie, mais il échoua dans une tentative encore prématurée. Lors de la présentation de la loi du 25 ventôse an XI, l'orateur du gouvernement, chargé de l'exposé des motifs, fit sentir les avantages du système qui érigerait les charges de notaire en propriétés transmissibles sous la surveillance du pouvoir. Aussi un article du projet de loi avait-il pour objet de permettre les dispositions *in favorem*. Cet article ne fut pas adopté ; mais les offices ne s'en vendaient pas moins avec la tolérance du gouvernement. Les besoins extraordinaires auxquels il fallut pourvoir en 1816 firent augmenter le taux des cautionnements des officiers ministériels : en compensation de ce sacrifice, on leur accorda une faculté nouvelle, celle de présenter des successeurs à l'agrément de Sa Majesté. Ils sont devenus, au moyen de ce droit de présentation, propriétaires de leurs charges.

Le droit de propriété est universellement reconnu ; mais

quelles en sont les limites? Les parties qui traitent de la vente et de l'acquisition d'un office sont-elles libres d'en fixer le prix au taux qui leur convient? Ou le gouvernement a-t-il le droit de déterminer lui-même, à chaque mutation, le *maximum* du prix que le titulaire peut obtenir? Les contre-lettres, qui ont pour effet de lui dérober la connaissance des véritables conditions arrêtées entre les contractants, sont-elles valables ou nulles? Et, dans cette dernière hypothèse, quelle est la nature, quelles sont les conséquences de la nullité?

Ces graves questions, sur lesquelles la jurisprudence paraît désormais si bien assise qu'il semble superflu de les discuter, avaient reçu, lorsqu'elles furent agitées pour la première fois, une solution toute différente de celle dont plus d'une voix proclame aujourd'hui le triomphe définitif. Sans doute une circulaire ministérielle du 21 févrler 1817, avait recommandé aux procureurs généraux de s'assurer, par tous les moyens en leur pouvoir, de la vérité des énonciations contenues dans les traités soumis à l'agrément de Sa Majesté. Elle avait indiqué la ferme volonté où était le gouvernement de prévenir ou de réprimer les fraudes dont les cessions d'offices pourraient être l'objet. Mais un arrêt de la cour de cassation ne tarda pas à décider que cette circulaire, instructive et non prohibitive, n'était pas obligatoire pour les tribunaux (arrêt du 20 juin 1820). D'autres arrêts déclarèrent que les traités relatifs aux offices appartiennent au droit civil; que la connaissance des difficultés auxquelles ils donnent lieu est du ressort de l'autorité judiciaire; que la loi du 28 avril 1816 n'attache l'efficacité de la présentation qu'à une seule condition, l'idonéité du candidat (arrêts des 13 novembre 1823 et 8 février 1826). De son côté la chambre des députés adopta les conclusions d'un rapport du 1er octobre 1831, dans lequel nous lisons :

« C'est lors de la formation de la loi promise pour régler » l'exercice de ce droit (le droit de présentation) qu'il y aura » lieu d'examiner si l'évaluation des offices doit être entièrement » abandonnée à la loyauté et à la prudence des parties : *jusque-» là le ministère ne peut y poser des limites.* » (*Moniteur* du 2 octobre 1831.)

Ce même rapport constate dans les termes suivants l'inexécution de la circulaire du 21 février 1817 : « Ces mesures, indé- » pendamment des aberrations qui en vicieraient les dispositions, » avaient encore le grave inconvénient de ne présenter que le » pouvoir ministériel là où ne devrait se faire reconnaître que la » volonté du législateur, ce qui ne prédisposait pas les citoyens » à l'obéissance. Aussi ces mesures furent-elles généralement » méconnues, et, en particulier, la circulaire du 21 février 1817 » ne fut pas exécutée. »

Ce fut en 1837 que la question de la validité des traités secrets fut pour la première fois explicitement soumise à un tribunal ; la cour royale de Grenoble, devant laquelle elle se présenta, n'hésita pas à déclarer *licite*, la stipulation d'un supplément de prix en dehors du traité apparent (Grenoble, 16 décembre 1837. J. P. A. 40, t. I, p. 339). La même question fut tranchée dans le même sens par l'arrêt si remarquable et si complet de la cour de Toulouse du 22 février 1840 (J. P. 40, t. I, p. 339, 410).

Mais une jurisprudence opposée a prévalu dans le sein de plusieurs cours royales et de la cour de cassation. Les cours royales de *Paris* (arrêts des 11 novembre 1839, 31 janvier et 15 février 1840, 30 mai et 3 juin 1843, 1er février 1844), de *Rennes* (arrêt du 29 décembre 1839), de *Rouen* (arrêt du 23 décembre 1840), d'*Orléans* (arrêt du 8 février 1844), de *Bourges* (arrêt du 27 janvier 1843), d'*Angers* (arrêts des 30 mai et 21 juin 1844), de *Caen* (arrêt du 12 février 1845), enfin la *cour de cassation* (arrêts des 7 juillet 1841, 7 mai 1842, 23 août 1842, 30 juillet 1844, 11 août 1845, 12 février 1846) ont proclamé la nullité des traités secrets en matière de cession d'offices. Toutefois il existe une notable différence entre les plus anciens de ces arrêts et les plus récents. Les premiers reconnaissent que la contre-lettre, nulle au regard de la loi civile, est valable dans le for intérieur ; qu'elle engendre une obligation naturelle, et que, par suite, les sommes payées en vertu d'un pacte additionnel et occulte ne peuvent être répétées (*V.* dans ce sens : arrêts des cours de *Paris*, du 31 janvier et 11 février 1840, 30 mai et 3 juin 1843, *Metz*, du 14 février 1843, et *cour de cassation*

des 7 juillet 1841, 7 mars et 23 août 1842). La cour d'*Orléans* refuse également la répétition, mais à raison de l'indignité de celui qui a payé un supplément de prix (arrêt du 8 février 1844). La cour d'*Angers* est la première qui, comblant la mesure des sévérités possibles, et dépassant le but qu'on voulait atteindre, n'ait plus voulu voir dans un traité secret, même le principe d'une obligation naturelle. Elle a jugé en conséquence que les sommes payées en vertu d'un acte de cette nature sont sujettes à répétition et imputables sur le prix stipulé dans le traité apparent (arrêts du 30 mai et du 25 juin 1844). La cour de cassation qui, loin de prendre l'initiative de cette opinion, l'avait condamnée par plusieurs arrêts, est entrée à son tour dans la voie qui lui était frayée par la cour d'*Angers*, et jusqu'à présent elle paraît y marcher résolument (*V.* arrêt du 31 juillet 1844, qui casse un arrêt de la cour de *Rouen*, laquelle, par arrêt du 23 décembre 1840, avait admis l'existence de l'obligation naturelle. *V.* encore arrêts des 11 août 1845 et 12 février 1846; arrêt de *Caen* du 12 février 1845). Assurément, et nous n'avons pas besoin de le dire, nous rendons un plein hommage aux lumières et à la consciencieuse impartialité des magistrats dont nous venons de rappeler les décisions; mais, préoccupés de quelques abus passagers dont ils s'exagéraient peut-être l'importance, frappés de la nécessité d'apporter au mal un remède en quelque sorte héroïque, ils n'ont pas vu qu'ils tiraient de la loi du 28 avril 1816 des conséquences extrêmes, et que le législateur seul pouvait en faire sortir; ils n'ont pas vu surtout à quels déplorables procès ils allaient ouvrir la porte. Au moment où nous écrivons ces lignes, trente ans se sont écoulés depuis la loi du 28 avril 1816 : de combien de milliers de transactions les offices des notaires, avoués, huissiers, commissaires-priseurs, etc., dont cette loi autorise la transmission, n'ont-ils pas été l'objet depuis cette époque déjà si éloignée! Dans combien de cas les parties n'ont-elles pas annexé au traité patent une contre-lettre contenant la stipulation d'un supplément de prix! Ces contre-lettres ont reçu leur exécution; elles avaient pour elles la sanction de l'usage et la tolérance du pouvoir! Eh bien! on apprend à tous aujourd'hui qu'elles sont nulles, d'une nullité absolue et

radicale! On place sous le patronage des hommes cupides et de mauvaise fois l'exécution de la loi, telle qu'on a cru devoir l'interpréter, pour l'accommoder aux circonstances du moment! On fait un appel à ces passions viles et désorganisatrices que la loi civile et la morale travaillent constamment à refouler dans le cœur de l'homme, et, nous le disons à regret, cet appel ne sera que trop entendu! On ouvre un champ illimité aux discussions judiciaires les plus propres à engendrer de profondes inimitiés et à porter le trouble dans le sein des familles! On fonde sur la ruine des uns la réalisation d'un gain illicite pour les autres! On force les magistrats à écouter favorablement l'homme sans conscience qui, fort des décisions de la justice, reviendra sur des engagements qu'il avait librement exécutés, et dont la validité lui avait paru incontestable pendant vingt ou vingt-cinq ans!

De pareilles conséquences ne sauraient complétement prévaloir, et il est nécessaire de faire l'application de l'article 1304 du Code civil aux demandes de cette nature. Nous pensons que les principes ne sont pas inconciliables avec cette prétention; c'est ce que nous allons nous efforcer de prouver.

II.

L'article 1304 du Code civil a besoin, pour être bien compris, d'être éclairé par l'histoire; qu'on nous permette donc de rappeler en quelques mots l'origine et la filiation de cet article.

Pour trouver le principe de la distinction entre les nullités de plein droit et les nullités par voie d'action, il faut remonter à la législation romaine. Dans les premiers temps de Rome, l'acte non conforme aux ordres inflexibles, aux prescriptions sacramentelles du droit civil, était considéré comme non avenu, par la seule puissance de la loi, dont la volonté n'avait pas besoin d'être déclarée par le juge. Souvent, d'un autre côté, l'acte, irréprochable quant à la forme extérieure, blessait l'équité naturelle; les préteurs imaginèrent alors le secours détourné des restitutions en entier, *restitutio in integrum*, qu'ils accordaient lorsque le contrat avait été arraché par la crainte et la violence, surpris par des manœuvres frauduleuses, souscrit par un mineur

ou par un majeur que l'erreur avait égaré. Dans les différents cas de *restitutio in integrum* que nous venons d'énumérer, il fallait l'intervention du magistrat pour briser un lien jusqu'alors obligatoire : la nullité n'existait pas de *plein droit*.

En France, les jurisconsultes transportèrent au roi, magistrat suprême de son royaume, les attributions du préteur; il fallait s'adresser à lui et obtenir des lettres de rescision, lorsqu'on demandait l'annulation d'un contrat pour violence, dol, erreur ou minorité : ces lettres, qui avaient dégénéré en une mesure purement fiscale, étaient délivrées sans vérification préalable des faits, dont l'examen était dévolu aux tribunaux. Ceux-ci pouvaient cependant prononcer certaines nullités en vertu des pouvoirs inhérents à leur charge, et sans que la pratique imposât aux parties le circuit long et ruineux dont nous venons de parler : telles étaient les nullités portées par les ordonnances et par les coutumes, les nullités reposant sur la violation des lois d'ordre public et des bonnes mœurs, les nullités qui infectaient les testaments, celles qui résultaient d'une incapacité légale et absolue de contracter. On les appela nullités de plein droit, par opposition aux nullités pour lesquelles il fallait des lettres de rescision. Mais qu'on se mette en garde contre cette dénomination, empruntée mal à propos à la terminologie du Digeste : en France il fallait, dans tous les cas, invoquer le ministère du juge; il fallait l'invoquer précisément pour faire déclarer les nullités qui, à Rome, n'avaient pas besoin d'être prononcées par le magistrat. Quand le juge pouvait être saisi *de plano*, sans recours préalable au roi, l'action durait trente ans, tandis que les lettres de rescision ne s'obtenaient que dans les dix ans. En résumé, l'action en nullité et l'action en rescision différaient l'une de l'autre sous le triple rapport des causes qui y donnaient ouverture, de la manière de les intenter, et de la prescription à laquelle elles étaient soumises.

L'Assemblée constituante abolit, par l'article 20 de la loi du 7 septembre 1790, l'usage d'impétrer des lettres de rescision. L'article 21 porte que dorénavant l'on procédera dans le cas de rescision comme dans celui de nullité proprement dite, et que l'une et l'autre action s'intenteront de la même manière. Le Code

civil maintient l'ouvrage de l'Assemblée constituante ; il réunit les deux actions en une seule qu'il astreint au même délai ; il continue le principe de l'ancien droit, que les nullités et rescisions doivent être demandées aux tribunaux. Ainsi, la seule différence qui subsiste à cet égard entre le droit ancien et le droit actuel, c'est que l'action en nullité durait trente ans et n'en dure plus que dix aujourd'hui. Du reste, l'article 1304 est conçu en termes généraux, absolus, exempts de toute limitation : *Dans tous les cas*, dit-il, etc. : le caractère de la nullité est donc sans influence par rapport à l'application de la règle qu'il pose ; peu importe que cette nullité soit virtuelle ou textuelle, absolue ou relative, d'intérêt privé ou d'ordre public. Jadis les nullités de cette dernière espèce devaient être prononcées par le juge, aujourd'hui elles doivent l'être encore ; jadis seulement le juge pouvait être saisi pendant trente ans, actuellement on ne peut plus se pourvoir quand le délai de dix ans fixé par l'article 1304, *pour tous les cas* sans exception, est expiré.

L'article 502 du Code civil fortifie cette interprétation. Aux termes de cet article, tous les actes passés postérieurement à l'interdiction sont nuls *de plein droit*. Cependant, il résulte de l'article 1304 que ces mêmes actes ne peuvent plus être attaqués, lorsque l'interdit a gardé le silence pendant dix ans à partir du jour où l'interdiction a été levée. Ainsi toute nullité, même celle qui est qualifiée *de plein droit*, doit être prononcée par le magistrat, et ne peut plus l'être passé un certain délai : seulement, quand il s'agit d'une nullité de plein droit, celui-ci n'a qu'un ministère passif ; il n'a qu'à vérifier un fait matériel, extérieur, dont l'acte porte en lui-même la preuve manifeste. Au contraire l'acte n'est pas nul de plein droit, mais simplement annulable, quand la nullité dépend de certaines circonstances que les tribunaux sont chargés d'apprécier dans leur sagesse. Mais, comme on le voit par l'article précité, l'article 1304 s'applique aux uns et aux autres.

La théorie que nous venons d'exposer est celle de MM. Delvincourt (t. II, p. 598) et Toullier. Ce dernier s'exprime ainsi : « Remarquez ces expressions, *dans tous les cas*. Ainsi le Code » ne distingue pas si la nullité est absolue ou relative, si elle

» provient de telle ou telle cause. Il en fixe pour tous les cas la » durée à dix ans, afin d'assurer la stabilité des transactions et » la paix des familles. Aux termes de l'article 637 du Code d'in- » struction criminelle, l'action publique et l'action civile résul- » tant d'un crime, même de nature à entraîner la peine de mort, » sont prescrites par le laps de dix années : à plus forte raison » l'action en nullité d'une obligation qui *a une cause illicite* doit » être prescrite dans le même délai. » (T. VII, p. 708, n° 599.)

Toutefois l'article 1304, par cela même qu'il contient une disposition exceptionnelle, doit être renfermé dans les limites que ses termes indiquent ; ainsi, comme il ne parle que des *actions en nullité* et en rescision, il ne s'applique pas aux exceptions de cette nature qui sont régies par la règle célèbre : *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum.* Aucun laps de temps ne peut empêcher celui contre qui l'on forme une action fondée sur un titre, de soutenir que le titre est nul : on ne peut obliger personne d'agir en justice ; celui qui possède n'a rien à demander tant qu'il n'est pas troublé ; la prescription ne commence contre l'exception que quand l'action a été intentée : l'exception ne peut naître qu'après l'action. Mais cette règle ne s'applique pas au cas où le contrat a été exécuté par celui qui prétend opposer l'exception : ce point a été formellement décidé par de nombreux arrêts ; nous nous contenterons de citer ceux des cours de Grenoble, du 6 février 1828 ; de Bordeaux, du 1er juillet 1830 ; de Pau, du 4 février 1830 ; de cassation, du 5 avril 1837.

Nous ne voulons pas cependant le dissimuler, le système que nous venons de développer peut être battu en brèche par de nombreux arguments ; nous leur devons un examen attentif et une sérieuse réfutation.

« Le principe général posé par l'article 1304, dit M. Duranton (*Cours de Code civil*, t. XII, p. 600), n'a pas pour but » d'établir que tout acte quelconque, nul aux yeux de la loi, est » seulement annulable pendant dix ans : il a pour but d'établir » que lorsqu'un acte est annulable ou rescindable à raison d'un » vice de nature à se purger, l'action en nullité ou en rescision » dure en général dix ans, ce qui est bien différent..... Dans

» plus d'un cas, la nullité est réellement radicale, en ce sens » même qu'elle ne se couvre point par le temps ni par aucune » ratification..... Tels sont, par exemple, les cas où une convention n'aurait qu'une cause illicite ou contraire aux bonnes » mœurs..... »

Cette vérité se trouve énoncée dans le rapport de M. Jaubert au Tribunat : « Pour qu'une convention soit obligatoire, il ne » suffit pas qu'elle ait les apparences extérieures d'une conven- » tion; il faut qu'on y retrouve tout ce qui est nécessaire pour » la réalité d'une convention..... Une *cause illicite* vicierait telle- » ment la convention qu'aucun laps de temps ne pourrait la » rendre valable; *il n'y a pas de contrat.* Si la convention n'a- » vait pas d'objet et un objet licite, il serait bien impossible » qu'en aucun temps elle produisît obligation; *ce ne serait pas* » *non plus un contrat.* »

La doctrine de MM. Jaubert et Duranton est embrassée par M. Troplong, dont voici les termes : « L'article 1304 n'a de » portée qu'autant qu'il s'agit d'un acte annulable ou rescin- » dable, à raison d'un vice de nature à se purger. C'est alors que » l'action en nullité ou en rescision dure dix ans. Mais quand » une convention est contraire aux bonnes mœurs, quand elle » est fondée sur une cause qui blesse l'ordre public, on ne con- » çoit pas que le laps de dix ans la rende inattaquable. Elle ne » pourrait être ratifiée par un acte exprès. Comment le silence » des parties aurait-il produit plus d'effet? »

Nous citerons dans le même sens MM. Demante (*Progr. d'un cours de Code civil*, t. II, p. 376, n° 774), Marcadé (*Éléments de droit civil*, t. V, p. 773, 783), Zachariæ (t. II, p. 440). Ce dernier admet bien que l'article 1304 s'applique même aux nullités d'ordre public, mais seulement à celles qui sont susceptibles d'être couvertes par confirmation : quant à la nullité qui n'en serait pas susceptible, elle ne pourrait pas non plus être couverte par la prescription de dix ans, qui repose sur une présomption de confirmation. Il résulte de ce principe que les nullités d'ordre public peuvent être couvertes quand les choses en sont venues au point où la convention cesse d'être illicite : ainsi l'action en nullité de l'aliénation du fonds dotal est sujette à la

prescription décennale, mais seulement à partir de la dissolution du mariage ; l'action en nullité d'un traité sur une succession future y est soumise également à dater de l'ouverture de la succession [1]. Mais quand la nullité est tout à la fois d'ordre public et *perpétuelle* (comme celle dont il s'agit), l'obligation qui en est entachée ne peut être confirmée expressément ; elle ne peut pas l'être tacitement et par le laps de dix ans écoulé depuis l'exécution (Zachariæ, t. II, p. 453).

Les partisans du système que nous combattons s'appuient donc sur les impossibilités auxquelles on aboutit, en voulant faire plier sous la règle de l'article 1304 toutes les conventions, même celles qui n'en ont que l'apparence ; ils s'appuient en outre sur l'article 1338 : cet article suppose évidemment que l'obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision peut être confirmée soit par un acte exprès, dont il indique les éléments, soit par l'exécution volontaire ; or quand l'obligation repose sur une cause illicite, elle ne peut être l'objet d'une confirmation valable, car il ne dépend pas des parties de réparer un vice qui existe malgré elles et par la seule force de la loi. Sur ce point les auteurs et la jurisprudence sont d'accord. Voyez notamment une application de cette théorie aux marchés à terme, aux stipulations d'intérêts usuraires, aux pactes sur successions futures, dans les arrêts de la cour de Lyon du 31 décembre 1832, de la cour de cassation des 29 mai 1828, 31 décembre 1833, 8 novembre 1842, 14 novembre 1843 ; ces deux derniers décident que l'article 1304 ne s'applique pas aux cas *où il s'agit de nullités radicales et d'ordre public*.

L'objection tirée du rapprochement des articles 1304 et 1338 nous paraît tellement importante, que nous croyons devoir la présenter sous une nouvelle face.

Du moment, dira-t-on, où l'on admet que la prescription décennale ne peut être invoquée avec succès que lorsque le contrat

[1] Nous devons dire néanmoins que la jurisprudence, après avoir incliné vers l'opinion de M. Zachariæ, se prononce de plus en plus dans le sens de la *nullité absolue* des pactes sur successions futures. *V.* Limoges, 6 avril 1838 ; Aix, 2 février 1840 ; Bastia, 1839, maintenu en cassation, 8 novembre 1842 ; Rennes, janvier 1843, maintenu en cassation, 14 novembre 1843 ; Metz, 1841, maintenu en cassation, 11 novembre 1845.

annulable a été exécuté soit par la délivrance de la chose, soit par le payement de la chose promise, en même temps qu'on attribue à l'action en nullité le caractère d'une action révocatoire, on reconnaît aussi que l'exécution qui a eu lieu n'a pas été volontaire dans le sens de l'article 1338; car si elle eût réuni les caractères exigés par ce dernier article, elle équivaudrait à une ratification expresse, et rendrait l'article 1304 inapplicable; la partie qui pourrait s'en prévaloir n'aurait pas besoin d'attendre l'expiration des dix ans; le lendemain du jour de l'exécution, elle s'en servirait comme d'une fin de non-recevoir victorieuse pour repousser l'action en nullité. Ceci posé, quand l'acquéreur d'un office et son vendeur, tous deux maîtres de leurs droits, tous deux, on le suppose, agissant avec loyauté l'un vis-à-vis de l'autre, ont stipulé un prix supérieur au prix indiqué dans le traité ostensible, et que ce prix a été payé intégralement, ce payement constitue, dans l'intention des parties, une exécution volontaire de l'obligation, et doit rendre *hic et nunc* toute répétition impossible.

En dernière analyse, le système que nous voulons réfuter consiste à former une classe particulière des conventions nulles parce que la cause en est illicite, à les considérer non pas seulement comme annulables, mais comme inexistantes, comme un pur néant, à leur appliquer cette maxime du droit romain : *Quod nullum est à principio, nullo tractu temporis convalescere potest.* Mais ce point de vue est-il exact? Nous ne le pensons pas.

Aux termes de l'article 1108, quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, la capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation. Comme on le voit, cet article, en énumérant les conditions sans lesquelles l'obligation n'existe pas en droit, les met toutes sur la même ligne : la première est le consentement de la partie; eh bien ! lorsque ce consentement a été donné par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol, aux yeux de la raison et de l'équité comme de la loi, ce consentement n'est qu'une vaine apparence; en réalité, c'est un pur néant. Il fau-

dra peut-être une instruction judiciaire plus ou moins longue, plus ou moins approfondie, pour faire en quelque sorte apparaître ce néant; mais quand cette instruction sera décisive dans ses résultats, il sera prouvé qu'il n'y a jamais eu de contrat, un contrat ayant pour élément primordial la parfaite liberté de ceux qu'il enchaîne. Cependant, la convention nulle pour défaut absolu de consentement tombe sous l'application de l'article 1304. Quoi de plus nul que les actes consentis par un interdit, ces actes que l'article 502 qualifie de *nuls de plein droit?* Ils n'échappent pas non plus à la prescription décennale. Pourquoi donc, quand l'article 1108, quand, d'accord avec ce texte, la justice et le sens commun n'établissent aucune distinction entre les quatre conditions nécessaires à la validité des conventions, pourquoi classer à part la nullité qui prend sa source dans l'absence d'une de ces conditions? Pourquoi soustraire à la règle posée par l'article 1304 une certaine espèce de conventions nulles, quand cet article les embrasse toutes par ses termes comme par son esprit? Pourquoi créer une distinction purement arbitraire entre les conventions *inexistantes* et les conventions *annulables?* Enfin, comment soutenir avec quelque raison qu'une convention *existe* quand le consentement de la partie prétendue obligée a été arraché par une extrême violence, et que celle dont la cause est illicite *n'existe pas* : la société, en annulant la première, protége le droit des individus qui la composent, en annulant la seconde elle se protége elle-même; mais quand le droit individuel n'est pas en opposition avec le droit social, pourquoi la protection serait-elle moins efficace dans un cas que dans l'autre? *La moralité publique*, après tout, n'est-elle pas hautement intéressée à voir la justice réprimer la fraude et la violence, annuler leur triomphe et prendre le fait et cause de ceux que leur faiblesse ou leurs infirmités livrent comme une proie aux entreprises de la ruse et du crime? *L'ordre public* serait-il moins compromis par la spoliation d'un malheureux que par l'exécution d'un traité secret en matière d'offices ministériels? nous ne saurions nous le persuader.

Qu'on ne nous objecte pas qu'aux termes de l'article 1131 l'obligation sans cause ou sur une cause fausse, ou sur une cause

illicite, *ne peut produire aucun effet :* tous les articles du Code civil, à plus forte raison tous ceux d'un même titre, doivent être combinés ensemble, de manière à donner à chacun d'eux le sens et les effets qu'ils doivent avoir : l'obligation dont parle l'article **1131** ne peut produire aucun effet légal, pas plus que celle contractée par un individu privé de raison, mais elle peut avoir été exécutée *en fait*, et, dans ce cas, l'article **1304** redevient applicable.

Nous arrivons à l'erreur capitale des partisans du système que nous combattons. La prescription de dix ans, dit M. Zachariæ, repose sur une présomption de confirmation; par conséquent elle ne couvre que les vices qui peuvent être purgés par une confirmation expresse ou tacite; or une convention nulle, parce que la cause en est illicite, ne peut être valablement ratifiée; elle ne peut donc être protégée par l'article **1304**.

La prescription décennale repose sur une présomption de confirmation : oui sans doute, comme la prescription trentenaire repose sur une présomption de payement. Mais la prescription, en elle-même et quelle que soit sa durée, a un but éminemment social; elle a pour but de donner aux transactions particulières la stabilité que réclame l'intérêt général, de tarir la source des procès, d'assurer le repos des familles, et par cela même le repos de la cité : œuvre immédiate du législateur, elle agit d'une manière en quelque sorte fatale, sans acception de personnes ou de choses, en matière d'ordre public comme en matière tombant dans le domaine des conventions privées. Tel est le caractère de la prescription, sauf les justes tempéraments apportés par la loi elle-même à la bienfaisante rigueur du principe. S'il en est ainsi, on comprend fort bien qu'une obligation fondée sur une cause illicite ne puisse être valablement ratifiée, car cette ratification serait l'œuvre des parties, qui ne feraient par cet acte que perpétuer le vice de la convention originaire; mais on comprend aussi que la nullité dont il s'agit puisse être couverte au bout d'un certain temps, parce que cette sorte d'amnistie accordée au passé émane du législateur, et qu'il appartient à ce dernier de circonscrire, dans un certain délai, la faculté soit de réprimer le mal, soit d'anéantir les effets que le mal a produits. Le lien par lequel

on veut rattacher l'article 1304 à l'article 1338 est donc un lien imaginaire; on ne peut ratifier que les obligations annulables, cela est évident ; mais on ne saurait conclure de cette règle que la prescription ne puisse atteindre même les obligations qui échappent à la ratification. L'article 1338 indique aux parties le moyen de se fermer le recours qui leur est ouvert dans certains cas; l'article 1304 a pour objet de fermer ce recours indépendamment des parties : or, la loi peut s'accorder à elle-même une latitude qu'il serait dangereux ou impossible de laisser aux individus. Ceux qui ont violé une prohibition d'ordre public ne peuvent, par une simple manifestation de leur volonté, effacer cette violation et s'absoudre de leur faute ; mais le législateur, placé dans une position élevée, d'où il domine et embrasse tous les intérêts, peut déclarer que cette violation, que cette faute, seront couvertes au bout d'un certain temps et réputées non avenues. Cette déclaration, elle est contenue dans l'article 1304, et c'est aux tribunaux à s'y conformer en appliquant cette disposition telle qu'elle existe, et non pas telle qu'on l'interprète dans l'intérêt d'une cause ou d'un système.

Les éclaircissements que nous venons de donner suffisent pour écarter du débat l'article 1376. Aux termes de cet article, celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. Suivant l'article 1235, tout payement suppose une dette; ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition. — *Tout payement suppose une dette;* quand une partie a payé pour exécuter l'obligation qu'elle avait souscrite, le payement a pour cause cette obligation, et la validité de l'une s'étendra nécessairement à l'autre; pour annuler l'effet, il faudra d'abord annuler la cause. Mais quand le délai dans lequel elle pouvait être attaquée est expiré, l'obligation, de quelque nullité qu'elle fût entachée, est *présumée* valable ; elle subsiste et protége le payement qui en a été la réalisation. Ainsi l'article 1376 gouverne tous les cas où il n'y a pas eu de contrat et tous ceux où le contrat, s'il a existé, vient à être annulé par la justice. On rentre ainsi dans la question que nous avons examinée sous quelques-uns de ses aspects, sans avoir eu la prétention de l'épuiser.

La cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur la grave question que nous venons d'agiter; elle l'a seulement effleurée par un arrêt du 12 février 1846. Cet arrêt décide que, quand le prix d'un office n'a pas été intégralement acquitté, et qu'une somme de..... a été payée à titre de pot-de-vin en dehors du traité ostensible, la déduction de cette somme peut être demandée plus de dix ans après le payement sur les sommes encore dues pour le prix légal de l'office. Ainsi, dans l'espèce soumise à la cour, le traité ostensible n'avait pas été complétement exécuté; une somme *supérieure* à celle qui avait été payée à titre de pot-de-vin était due par l'acquéreur de l'office, au moment où l'action fut intentée; cet acquéreur était dès lors en droit d'opposer la maxime *quæ temporalia*, etc... Mais la solution n'aurait-elle pas été différente si le prix eût été *intégralement* acquitté depuis plus de dix ans? C'est ce qu'on peut légitimement induire de l'arrêt du 12 février : « Attendu, porte » cet arrêt, qu'il ne s'agit pas d'une action en restitution d'une » somme indûment payée sur le prix d'un office *intégralement* » *soldé depuis plus de dix ans*, ni d'une demande en compensa- » tion de la somme de 20,000 francs, *illégalement payée depuis* » *plus de dix ans*, sur une créance qui n'aurait aucun rapport » avec la vente de l'office. » Donc, si le prix de l'office avait été *intégralement payé depuis plus de dix ans*, l'exception *quæ temporalia* n'aurait plus été admise, et l'article 1304 eût repris tout son empire.

Qu'on nous permette une dernière réflexion. La rétroactivité dans l'application des lois est une des sources les plus abondantes de maux et d'injustices qui se puisse imaginer; elle constitue une prévarication de la part du législateur; elle est un fléau pour la société qui la subit. La jurisprudence actuelle, en ne se contentant pas d'annuler les traités secrets, en autorisant la répétition des sommes payées en vertu de ces traités, a fait une véritable révolution; l'interprétation qu'elle donne à la loi du 28 avril 1816 équivaut à une loi, car, jusqu'à ces dernières années, personne n'y avait songé. Cette loi va rétroagir sur une période de trente ans et sur un nombre incalculable de transactions : elle ouvre ainsi un abîme sous les pas de plusieurs

milliers de familles et de citoyens qu'environne une juste considération, et qui croyaient pouvoir goûter en paix le fruit de leurs labeurs : cet abîme, est-ce que l'autorité judiciaire ne sentira pas la nécessité de le fermer?

TEYSSIER-DESFARGES.

De la déportation.

Par M. HANTUTE, licencié en droit.

TROISIÈME ARTICLE [1].

Des dispositions de la législation portugaise par rapport à cette peine.

En France, et on peut même dire dans les autres États de l'Europe, on ne s'est guère occupé de la législation du Portugal en matière criminelle. Les auteurs qui ont écrit sur les institutions judiciaires des peuples n'ont pas donné à celles de ce pays l'attention qu'elles paraissent mériter; sous ce rapport, ils ne lui ont donc pas rendu justice. Sans entreprendre aujourd'hui de réparer un oubli bien évident, ce qui constituerait une tâche au-dessus de nos forces, nous dirons cependant que les anciennes lois criminelles portugaises étaient bien remarquables. On y trouvait une modération qui pouvait généralement servir d'exemple aux autres nations. Les lois fondamentales du royaume, qui datent du XIIe siècle, n'ont pas été empreintes de cette sévérité barbare qu'on trouve trop souvent dans l'histoire de ce temps-là.

A l'appui de cette assertion, il suffira de rappeler ici quelques-unes des dispositions arrêtées dans l'assemblée des États, convoquée à Lamego, par Alphonse Ier, en 1147, pour la répression de différents crimes. L'homicide était condamné à mort; celui qui faisait des blessures avec une épée, une pierre ou un bâton, était condamné à l'amende. Quiconque frappait un magistrat était marqué d'un fer chaud. Le voleur était exposé sur la place

[1] *V.* t. II, p. 296 et 428.

publique, les épaules nues, pour la première fois; il était marqué au front avec un fer chaud, pour la seconde fois; et, s'il tombait en troisième récidive, il était condamné à mort. Toutefois, l'arrêt ne pouvait être exécuté sans un ordre exprès du monarque, et seulement vingt-deux jours après la prononciation de la condamnation [1].

Plus tard, les peines ont été encore plus modérées, par suite de l'adoption du système qui a admis la déportation des malfaiteurs. En cela, la législation criminelle portugaise a suivi une marche qui paraît avoir été en sens inverse de celle des autres peuples, lesquels, au moyen âge, ont rendu leurs lois de plus en plus sévères. Pour reconnaître ce que cette assertion a d'exact, il suffit de jeter les yeux sur les lois pénales qui ont été faites pour les peuples les plus civilisés aux XIVe et XVe siècles.

En adoptant les premiers la déportation du malfaiteur comme la peine principale, comme celle réservée à la plupart des cas sur lesquels les juges criminels devaient prononcer, les législateurs portugais ont reconnu dès lors ce qu'a proclamé trois siècles plus tard le philosophe de Ferney, dont la vie a été un combat contre l'atrocité des lois pénales de son temps. En disant qu'un pendu n'est bon à rien, qu'il vaut mieux condamner le criminel à vivre pour être utile, Voltaire donnait son approbation au système qui consiste à envoyer le malfaiteur au delà des mers.

Avant de suivre les développements qui ont été donnés à la déportation, il faut reconnaître, en commençant, que l'usage qui a été adopté dans le royaume de Portugal de rendre les criminels utiles à l'État, en les déportant, a été établi moins dans des vues d'humanité que par des considérations relatives à la position particulière du royaume et à l'infériorité numérique de sa population.

Les causes qui ont donné lieu à l'introduction de cette peine doivent donc être rapportées ici en peu de mots : elles ne sont pas étrangères à notre sujet.

On sait que les Portugais se sont rendus célèbres au moyen

[1] Cette disposition concernant les condamnations à mort a été scrupuleusement observée jusqu'à la mort du roi Henri (cardinal), en 1580, c'est-à-dire jusqu'au moment où les Portugais passèrent sous la domination espagnole.

âge comme navigateurs; la marine leur est redevable de plusieurs inventions qui ont fait faire à l'art de grands progrès. L'astrolabe, entre autres, en permettant de s'aventurer en pleine mer, étendit le cercle, jusque-là borné, de la navigation. C'est cette invention qui facilita singulièrement la découverte de tant de terres inconnues aux anciens, et qui valut aux Portugais cette célébrité qu'ils ont acquise dans la carrière où ils ont précédé les autres puissances maritimes du globe. Il ne faut pas oublier que c'est à eux que l'on doit la découverte de plusieurs archipels sur la côte d'Afrique, et de toute la côte occidentale de cette partie du monde, depuis le cap Bogador. Ces découvertes n'étaient que le prélude d'autres, bien autrement importantes, qui devaient leur donner bientôt des établissements dans l'Inde, en Chine, et jusqu'au Japon; le Portugal occupait le premier rang comme puissance maritime, son commerce était immense; ses marins et ses soldats faisaient l'admiration du monde entier.

Les expéditions pour la découverte des contrées inconnues se renouvelaient avec une ardeur extrême, mais elles n'empêchaient pas les armements contre les Maures du nord de l'Afrique; ces expéditions, à défaut de profit, valaient les indulgences du pape, et entretenaient l'ardeur guerrière des Portugais. La cour de Lisbonne, qui subissait l'influence du clergé d'une manière si sensible, s'était engagée dans des guerres continuelles, qui étaient menées de front avec les autres expéditions d'outre-mer et la colonisation de quelques îles nouvellement découvertes.

La hardiesse des entreprises de la cour de Lisbonne, l'habileté des marins portugais, la bravoure des soldats, paraissaient surpasser ce qu'on pouvait attendre des habitants des autres pays. On avait une si haute idée des chevaliers portugais, qu'au temps du roi Jean Ier, douze d'entre eux furent appelés en Angleterre, pour venger l'insulte qui avait été faite à quelques dames de la cour [1].

[1] Voici en quelles circonstances eut lieu le combat entre les douze gentilshommes portugais et autant d'Anglais. Ces derniers avaient insulté quelques-unes des plus belles femmes de la cour d'Angleterre, et avaient publié, en les désignant par leurs noms, qu'elles n'avaient ni esprit, ni beauté, ni aucune des qualités qui rendent les femmes aimables et recherchées; ils avaient ajouté qu'ils soutiendraient ce qu'ils avaient avancé les armes à la main. Personne ne se présentant en Angleterre pour défendre la cause des dames offensées, celles-ci, outrées de l'injure qui

Le succès qu'ils eurent en cette mémorable circonstance, où ils firent mordre la poussière aux douze chevaliers anglais qui leur étaient opposés, contribua encore à donner du relief à la nation portugaise.

La renommée remplissait le monde entier des hauts faits des Portugais. Cette nation, à en juger par l'espace qu'elle occupe en Europe et par sa population peu considérable, ne paraissait pas destinée à tant de gloire, à tant de célébrité. En effet, il ne faut pas oublier que le Portugal, qui n'a au plus que 44 myriamètres de longueur et 20 myriamètres dans sa plus grande largeur, ne contenait pas plus de 3 millions d'habitants. C'est en voyant des ressources tellement bornées, circonscrites dans ces limites resserrées, sur un sol qui ne pouvait guère suffire à une population plus considérable, que l'on peut dire que les Portugais ont accompli de grandes choses.

Pour faire face aux besoins que réclamaient tant d'entreprises diverses, le peuple, poussé par le fanatisme, faisait les plus grands sacrifices sans murmurer; le clergé, de son côté, n'avait pas été le dernier à s'imposer des charges; on l'avait vu fournir aux finances du roi, que tant de conquêtes avaient épuisées; il avait livré avec plaisir l'argenterie des églises pour battre monnaie. D'un autre côté, le Portugal avait d'abord trouvé dans son sein des hommes d'un génie actif et entreprenant, propres à la nature particulière des armements qui avaient été faits. L'élan que la cour avait su donner aux guerres contre les Maures et ces expéditions aventureuses, avaient bien aussi réuni sous le pavillon portugais une foule d'aventuriers, qui étaient accourus de toutes les parties de l'Europe pour prendre part à des entreprises

leur avait été faite, s'adressèrent au duc de Lancastre, prince poli, galant et respectueux envers le beau sexe, pour lui demander vengeance de l'affront qu'on osait leur faire. Le duc leur conseilla d'écrire au roi de Portugal pour le prier de permettre à douze chevaliers qu'il leur nomma de passer en Angleterre pour effacer par un combat l'affront qu'elles avaient reçu. Le roi de Portugal (dom Jean) leur accorda ce qu'elles demandaient, et les douze Portugais se rendirent à Londres, ayant à leur tête Alvarez Gonçalez Magrisco. Les chevaliers portugais firent mordre la poussière aux douze Angl. s, et furent, en Angleterre, en France et en Portugal, l'objet de la reconnaissance non équivoque du beau sexe, dont ils avaient été en cette circonstance les intrépides champions.

V. Vasconcellos, Vie de Jean Ier; Ferdinand de Menezès, comte d'Ericeyra, Histoire de Jean Ier. — Camoens a chanté ce haut fait de ses compatriotes.

qui, sur mer ou sur terre, avaient un côté si séduisant pour les imaginations ardentes [1].

Reconnaissant les besoins de son royaume, eu égard surtout à la population, Alphonse V voulut se servir des hommes qui, jusque-là, avaient été à charge à l'État sans être d'aucune utilité : il ordonna la déportation des malfaiteurs; les lois qu'il a données à son pays font mention des dispositions qu'il a introduites à cet égard.

Le Code d'Alphonse, publié en 1446, admettait la déportation et indiquait pour quels crimes cette peine devait être prononcée. Comme à cette époque les Portugais n'avaient pas encore pénétré dans l'Inde, ni même fait, sur les côtes d'Afrique, les découvertes qui les ont rendus célèbres plus tard, c'était à Ceuta qu'on envoyait les déportés. Les condamnés qui restaient dans le royaume subissaient une peine double en durée [2]; la déportation n'était pas encore appliquée d'une manière générale, comme elle l'a été par la suite. Plus tard, par des ordonnances, Alphonse augmenta les cas pour lesquels la déportation devait être prononcée, et fixa de nouvelles villes pour le séjour des condamnés, comme Arzille et Tanger. On était déporté pour délits de chasse, et en outre condamné à l'amende; il en était de même pour délits de pêche : dans le premier cas on était envoyé à Arzille, et dans le second à Tanger [3].

La déportation dans les îles d'Afrique ou dans les établissements formés sur la côte de cette partie du monde, dans l'Inde ou au Brésil, n'a été prononcée que dans les ordonnances du roi Emmanuel, dont nous allons parler, et dans celles de ses successeurs. En désignant la déportation comme la peine de presque tous les crimes ou délits, Emmanuel n'a fait qu'obéir aux exigences de son temps et de la position particulière de son royaume; en suivant d'ailleurs les errements de quelques-uns de

[1] Lors de l'expédition qui précéda la prise de Ceuta, on comptait parmi les étrangers réunis sous le drapeau portugais un seigneur allemand qui avait amené avec lui, et à ses frais, quarante lanciers; on voyait aussi dans la flotte portugaise, armée pour cette expédition, quatre vaisseaux bien armés qu'un seigneur anglais entretenait à ses dépens.

[2] *Codigo Affonsino*, liv. V, tit. 114.

[3] Ordonnances d'Alphonse de l'année 1474 (*Livro vermelho*, n[os] 38, 39, 40, 41 et 42).

ses prédécesseurs, il n'a cédé, comme eux, qu'à la nécessité du moment, le besoin d'hommes pour peupler ou défendre les pays nouvellement découverts; il n'a pas été guidé par des sentiments d'humanité, qu'il serait très-difficile de lui prêter. En effet, on sait qu'au commencement de son règne ce prince a fait de la déportation l'une des mesures les plus atroces qu'on trouve dans l'histoire. Guidé par un esprit de fanatisme, il a appliqué cette peine à d'innocentes victimes des préjugés du temps et de la religion; il a surpassé tout ce qui a été fait avant lui. Son père avait accueilli dans ses États les juifs que le roi d'Espagne avait chassés de son royaume; Emmanuel, en 1497, fait enlever à ces malheureux, admis dans ses États moyennant huit liards d'or, leurs enfants au-dessous de quatorze ans, pour en faire des chrétiens. Il croyait sans doute, avec les fanatiques de tous les temps, que c'est par des actes de barbarie qu'on peut être agréable au Dieu qui a recommandé la tolérance et la douceur. Les enfants enlevés de la sorte avaient été déportés dans l'île de San-Thomé, au golfe de Guinée, après avoir été baptisés et confiés à Alvarez de Caminam. Cette mesure avait été prise à l'effet d'établir une population chrétienne dans cette île dont le territoire est fertile, mais l'air très-malsain à cause des grandes chaleurs.

C'est pendant le règne d'Emmanuel (de 1497 à 1521) que les Portugais ont fait les découvertes les plus importantes. Pour garder les provinces nouvellement soumises au cabinet de Lisbonne, il fallait des forces tirées d'Europe. D'un autre côté, depuis la découverte de l'Amérique, il s'était établi entre les rois de Portugal et ceux de Castille une rivalité plus grande que jamais. Les armements se faisaient à l'envi des deux côtés, malgré les ressources si différentes des deux peuples; en sorte que tout cela devait rendre plus évidente encore l'insuffisance des forces du Portugal.

On conçoit facilement que, dans cette position, la cour de Lisbonne devait songer à tirer le plus grand parti possible des criminels, et que la déportation a dû recevoir alors des développements inconnus jusque-là. Quoi qu'on puisse penser de la cruauté d'Emmanuel envers les enfants des juifs, il convient de

dire pourtant que c'est sous son règne qu'on commença à embarquer sur les bâtiments armés pour les découvertes un certain nombre de criminels condamnés à mort. L'humanité ne pouvait qu'applaudir à cette mesure heureuse, puisqu'elle tendait à laisser la vie à des malheureux qui auraient, sans cette innovation, péri sur l'échafaud. Au lieu de faire mourir les grands criminels sur la place publique, comme par le passé, et de donner ce spectacle à la populace, qui en devient par là plus féroce, on tira parti de ces criminels. Les condamnés qui attendaient dans les prisons une mort ignominieuse furent désignés pour être embarqués sur les navires destinés aux expéditions les plus dangereuses. D'abord on les employa à des missions auprès des naturels avec lesquels on n'avait encore eu aucune relation, et auxquels, par conséquent, on ne pouvait se fier. « Par là ces criminels pouvaient, dit Lafitau, espérer de mériter leur grâce en tentant des événements auxquels on ne pouvait raisonnablement exposer de plus honnêtes gens qu'eux [1]. »

Les expéditions commandées par Vasco de Gama, Alvarez Cabral, Juan de Nueva et autres navigateurs portugais, avaient à leur bord quelques condamnés à mort. Il a été reconnu que ces malheureux ont été souvent utiles, et qu'en plusieurs circonstances ils ont rendu d'importants services. Vasco de Gama, qui en avait dix parmi les cent soixante hommes de son expédition, lors de son départ de Portugal en 1497, eut occasion d'en employer en diverses occasions. Arrivé devant Monbaze, et craignant quelque perfidie de la part des Maures, le capitaine portugais annonça aux naturels qui vinrent lui rendre visite à bord qu'il allait envoyer *deux personnes de distinction* pour saluer le roi de sa part et l'assurer qu'il entrerait le lendemain dans le port. Deux des condamnés à mort furent en conséquence débarqués avec mission de tout examiner avec attention, et d'en rendre un compte fidèle à Vasco de Gama. Les informations obtenues par ce moyen furent fort utiles aux Portugais. Les autres criminels embarqués à bord des navires furent également mis à terre en diverses circonstances avec le même succès. A Calicut, deux

[1] Le R. P. Lafitau, liv. II de son Histoire des découvertes et conquêtes des Portugais, 2 vol. in-4°. Paris, 1733.

condamnés débarqués les premiers se rendirent auprès du zamoria. Enfin le chef de l'expédition laissa deux condamnés dans le Zanguebar, avec ordre d'apprendre la langue du pays et de s'instruire du génie, des mœurs et des richesses des habitants, leur promettant de revenir et de les récompenser dignement à son retour.

Alvarez Cabral, sur la côte du Brésil, débarqua d'abord deux condamnés pour avoir des informations sur le pays qu'il venait de découvrir. Ces deux malheureux furent les premiers Européens qui mirent le pied sur le sol de cette belle partie du monde. Ce navigateur ayant ensuite mis à la voile pour le cap de Bonne-Espérance, et s'étant rendu devant Mélinde, laissa dans cet endroit deux condamnés pour reconnaître le pays et s'informer de celui du prêtre Jean. Cabral débarqua encore en d'autres lieux quelques-uns des criminels qu'il avait à son bord, notamment à Quiloa. Comme les autres chefs des expéditions, cet officier parut satisfait des services qu'il avait obtenus des malfaiteurs embarqués sur ses navires. Les amiraux qui furent ensuite envoyés dans l'Inde, et notamment le célèbre Alphonse d'Albuquerque, eurent tous occasion de reconnaître que les condamnés laissés précédemment dans le pays avaient rendu des services considérables.

Ce système d'employer les criminels aux expéditions lointaines et dangereuses fut continué dans tous les armements faits par les Portugais, non-seulement pour s'emparer de cette partie de l'Afrique comprise entre le cap de Bonne-Espérance et la mer Rouge, mais encore pour les conquêtes faites par eux en Arabie, dans le golfe Persique, dans les deux presqu'îles de l'Inde, aux îles Moluques, à Ceylan et aux îles de la Sonde.

Ce n'était pas seulement aux premières communications avec des peuplades inconnues que devait se borner le service des criminels. L'avantage qu'en avaient tiré les navigateurs qui, les premiers, s'étaient établis aux Indes, avait engagé la cour de Lisbonne à employer des déportés pour la garde des nombreux établissements qu'il avait fallu élever afin de s'assurer du pays et du commerce. Les criminels, sans distinction, avaient tous été déportés; mais ceux qui s'étaient rendus coupables des crimes

les plus graves, les plus odieux, avaient été envoyés dans des lieux plus éloignés, plus malsains. Ils y formaient la garnison des établissements portugais, ou ils étaient employés à certains travaux de défense, ou bien encore ils étaient destinés à peupler certains districts.

Les ordonnances du roi Emmanuel, publiées en mars 1521 [1], et connues depuis sous le nom de *Codigo Manuelino*, ont la cinquième partie consacrée aux matières criminelles. Elles admettent, comme on l'a dit plus haut, la déportation pour la répression de presque tous les crimes, et prononcent cette peine soit à perpétuité, soit pour un certain temps qu'elles fixent ou qu'elles laissent à la volonté du roi; elles indiquent les îles, les provinces, et le plus souvent même les villes, où les déportés devront être envoyés. Quelquefois la peine de la déportation doit entraîner la confiscation de tous les biens du condamné; quelquefois une partie seulement doit être confisquée au profit de la couronne. Dans quelques cas, la déportation est prononcée avec une amende pour le fisc ou pour des établissements de charité; dans d'autres, les dénonciateurs reçoivent eux-mêmes une partie de l'amende ou des biens des condamnés à la déportation.

Dans des cas heureusement fort rares et qui font, on peut le dire, exception, on mutilait les condamnés avant leur embarquement. Les ordonnances d'Emmanuel n'ajoutent guère cette peine de la mutilation qu'à l'égard de quelques condamnés à perpétuité; on la trouve prescrite contre certains voleurs, auxquels on coupait les oreilles. Les condamnés à la déportation pour avoir donné des coups de couteau à la figure avaient le poignet coupé; la même mutilation était faite à ceux qui résistaient avec des armes à la justice du roi, et aux esclaves qui enlevaient des armes à leurs maîtres. Enfin on marquait sur les deux joues, avant de les déporter à perpétuité, les individus qui avaient fait dans les églises des actes de sorcellerie et de magie [2].

Il reste, il est vrai, dans les ordonnances d'Emmanuel des cas nombreux où la peine de mort peut être invoquée, mais la déportation tempérait souvent cette rigueur; en sorte qu'on peut

[1] *Ordenaçöes e leis d'elrei dom Manoel*, 1 vol. in-fol. 1521.
[2] *Ord. de Manoel*, liv. V, tit. 33, § 3, et tit. 10, §§ 8, 10 et 11.

dire que les exécutions à mort étaient très-rares en Portugal.

Ce n'est pas seulement dans la métropole que les condamnés à mort voyaient commuer leur peine en celle de la déportation à vie. Dans les possessions d'outre-mer, et notamment dans les Indes portugaises, les vice-rois, qui avaient les pouvoirs les plus étendus, ont souvent, eux aussi, commué la peine de mort prononcée contre certains criminels en celle de la déportation. Alphonse d'Albuquerque, entre autres, accorda la vie à plusieurs matelots qui, à la suite de ses démêlés avec Jacques Mendez de Vasconcellos, amiral de la flotte, avaient méconnu son autorité [1]. Il est vrai que l'on vit aussi ce vice-roi des Indes faire mutiler d'une manière horrible des individus avant de les faire déporter. On cite surtout ce qui se passa après la capitulation de Benastarim, en 1512. D'Albuquerque s'était engagé à ne point traiter en apostats ni en déserteurs les Portugais transfuges qui se trouvaient dans cette place; en d'autres termes, il avait promis de leur laisser la vie; mais dès qu'il les avait eus en son pouvoir, il leur avait fait couper le nez, les oreilles, la main droite et le pouce de la main gauche [2]. On a ajouté même que, mutilés de la sorte, ces malheureux avaient été conduits dans les rues de la ville, et exposés aux insultes d'une populace fanatique qui leur avait arraché la barbe et les cheveux et s'était livrée à mille outrages [3]. On avait ensuite déporté dans divers établissements ces victimes qui avaient trop compté sur la parole et les engagements formels du vice-roi.

HANTUTE.

(La suite à un prochain cahier.)

[1] Hieron Osirii, *De rebus Emmanuelis*, lib. VI. — Joan. Petr. Maffeii, *Historiarum indicarum*, lib. III, c. 10.

[2] Osorii, lib. VI. — Maffeii, lib. V, c. 1 et 5. — Fernão Lopez de Castanheda, *Historia do discobrimento e conquista da India pelos Portugueses*, liv. III, c. 94.

[3] Maffeii, lib. V, et Castanheda, liv. III.

TRAITÉ DES EAUX COURANTES; par M. Championnière.

Compte rendu par M. LHOMME, docteur en droit, à Paris.

La scission profonde opérée par la Révolution entre l'ancien régime et le nouveau, a pu faire croire que les études historiques avaient perdu de leur utilité pour la connaissance des relations juridiques qui existent dans la société actuelle. A quoi bon, en effet, remonter à un passé odieux, justement aboli, et qu'il fallait se hâter d'oublier? Mais l'illusion fut de courte durée; une révolution, quelque radicale qu'elle soit, n'est jamais qu'un rapport, et ce rapport, on ne peut le connaître que par l'étude des deux termes qu'il réunit. Le droit revint donc à l'histoire. Parmi les principes du Code civil, on aima à signaler ceux qui avaient été créés, ceux qui avaient été modifiés, et enfin ceux qu'on avait exactement pris de l'ancienne législation. Ce n'est, en effet, qu'en suivant un principe à travers toutes les modifications qu'il a subies qu'on en comprend l'essence et la nature; ce n'est qu'en étudiant ce qu'il a produit qu'on sait ce qu'il doit produire encore. Sous ce rapport, le retour aux études historiques ne pouvait tarder; car un simple regard sur le Code civil faisait voir combien il s'en fallait que tous les principes y fussent nouveaux. Mais, sous un autre point de vue encore, il était nécessaire de remonter à l'histoire, non plus pour connaître le principe régulateur de nos droits, mais pour savoir quels sont les droits qui reçoivent son application et comment ils la reçoivent. Il est en France certaines parties du sol sur la propriété desquelles les jurisconsultes ne sont pas fixés, et leurs hésitations, leurs doutes, tiennent uniquement à ce qu'ils ignorent quel était l'état de ces terres avant la Révolution. Chacun proclame le principe qu'il faut appliquer; mais l'application ne peut s'en faire que sous une distinction qui nous reporte à l'étude du passé.

Toutes les contestations qui s'élèvent encore entre l'État ou le fisc, les particuliers et les communes, contestations qui ont pour

objet certains droits sur le sol, ne peuvent être vidées qu'en remontant à l'origine de ces droits. Ils ont tous été atteints par la Révolution; il faut donc voir ce qu'ils étaient antérieurement pour comprendre comment ils ont été modifiés, à qui ils ont été dévolus par les nouveaux principes. Ces droits, tels que *droits d'usage dans les forêts*, *de propriété sur les vacants*, *sur les communaux, sur les cours d'eau*, appartenaient généralement à une classe de personnes qui constituait un pouvoir social depuis longtemps attaqué et aujourd'hui disparu; les principes qui ont présidé à leur dévolution ont été puisés dans les divers titres de leur ancienne possession : au fisc tout ce que cette classe de personnes possédait comme pouvoir social; aux particuliers, à l'appropriation privée, tout ce qu'elles possédaient comme personnes privées. Le besoin de cette distinction a été généralement senti par tous ceux qui se sont occupés de cette grave question de la propriété des petits cours d'eau; chaque partie a compris qu'elle serait bien forte si elle pouvait se présenter comme ayant succédé aux droits *des seigneurs* sur cette portion du territoire français. C'est au point de vue historique, en effet, que la lutte s'est toujours engagée la plus sérieuse; c'est aussi de cette manière qu'elle a été envisagée par M. Championnière dans son Traité sur la propriété des cours d'eau.

Jusqu'à lui tous les auteurs, de quelque opinion qu'ils fussent, avaient toujours appuyé leur cause, d'une manière plus ou moins heureuse, sur les différents systèmes auxquels avait donné lieu l'étude des droits féodaux; mais aucun d'eux n'avait cherché à remonter aux sources de ces droits, déjà depuis longtemps oubliés ou dénaturés, et à les examiner en détail pour en déterminer la nature publique ou privée. Adoptant celui des systèmes qui paraissait le plus favorable à leur cause, ils n'ont jamais pénétré eux-mêmes dans ce milieu obscur des relations sociales au moyen âge. C'était cependant par cette étude préliminaire seule qu'on pouvait se rendre un compte satisfaisant du droit des riverains ou de celui du fisc sur les cours d'eau. M. Championnière l'a bien compris; il a senti la nécessité de l'étude des origines, et une fois engagé dans cette voie, il y est entré profondément. Il prend la Gaule sous la domination romaine, nous montre le

système pratiqué par les vainqueurs; il assiste à sa ruine et signale les institutions qui lui survivent et trouvent place dans l'organisation des sociétés modernes. Il examine la formation de ces dernières, nous y fait voir la persistance de l'élément romain, sa combinaison avec l'élément germanique ou barbare; il les suit tous deux dans leurs développements respectifs, mais ne les confond jamais; leur caractère établit entre eux une différence essentielle : le caractère de l'un est public, celui de l'autre est privé. Ce qui a survécu des institutions romaines, ce qui devait nécessairement survivre, c'est l'administration, surtout l'organisation de l'impôt, le mode d'exploitation du peuple vaincu par le peuple vainqueur, c'est la *judiciaria potestas*, la justice. L'influence barbare, au contraire, se manifeste par l'absence de toute idée de centralisation. L'indépendance individuelle conduit à l'appropriation privée : de là l'association *seniorale* et l'institution du fief, qui pendant des siècles suffit à l'expression de presque tous les rapports sociaux. Cette distinction se présente clairement à l'origine; mais l'influence barbare devait nécessairement l'emporter. Conforme aux mœurs de la société nouvelle, elle l'emporta en effet.

Tous les écrivains qui nous ont parlé des *Judices*, des administrateurs romains dans les provinces, nous ont tracé un sinistre tableau de leurs exactions scandaleuses et des bénéfices énormes qui en résultaient pour eux. Ces émoluments, faciles à réaliser, devaient tenter l'avidité des barbares. Ce fut pour eux le seul côté appréciable des fonctions publiques; ils s'approprièrent la justice; et une fois dans le domaine privé, elle devint, comme tout ce qui y était alors, la base de l'association seniorale, la cause et l'objet de la convention féodale. La justice fut inféodée; le justicier devint seigneur féodal : c'est de là que naît la confusion qui se remarque chez tous les feudistes du XVIII[e] siècle. Ils ne comprennent pas la différence essentielle qui sépare *la justice* et *le fief*, et ne peuvent s'expliquer les conséquences qui en découlent, non plus que les anciennes maximes qui les consacrent. Confusion que les travaux mêmes de la nouvelle école historique, qui commence à Hervé, et qui de nos jours a jeté un si vif éclat, n'avaient pas encore fait disparaître! A quoi attribuer

cette lacune? Peut-être à l'absence de connaissances suffisantes en droit. C'était à l'auteur du *Traité des droits d'enregistrement* qu'il appartenait de répandre le premier la lumière sur ce point obscur de notre société au moyen âge, et c'est par là que son livre se recommande aux études du jurisconsulte et de l'historien. Ce qui en fait l'intérêt, c'est la nouveauté de tout son système sur la théorie des droits féodaux; mais ce qui en fait le mérite incontestable, c'est le nombre prodigieux de documents historiques (ordonnances, édits, chartes, conventions particulières) sur lesquels l'auteur établit sa doctrine. Qu'il me soit permis de le suivre un instant dans des savantes investigations dont je n'ai fait qu'envisager l'idée fondamentale. Cette excursion est nécessaire pour faire comprendre le rapport direct, inévitable, qui existe entre elles et la question qui leur a donné lieu.

La différence essentielle que nous avons déjà signalée entre *la justice* et *le fief* se trouve exprimée dès les temps les plus anciens par cette maxime si embarrassante pour les feudistes du XVIIe et du XVIIIe siècle, si mal comprise et si mal expliquée par eux : *Fief et justice n'ont rien de commun.* L'existence de cette maxime, qui forme la base de tout le système, est prouvée par l'auteur de la manière la plus positive; Dumoulin, Loysel, la consacrent formellement, mais c'est en remontant le cours des siècles que nous la retrouvons avec son sens primitif et de plus en plus déterminé : d'Argentré l'exprime et la commente; et le résultat de ses enseignements, c'est que *jurisdictio, etsi cum domanio conjuncta sit, tamen per se subsistit et separabilis est intellectu atque etiam actu.* Dans les établissements de saint Louis, dans les capitulaires de la deuxième race, dans les monuments historiques de la première, si nous ne retrouvons pas la maxime formulée, ce qui devait naturellement être l'œuvre postérieure des commentateurs et des jurisconsultes, nous en retrouvons le sens et la cause. Nous comprenons alors comment la justice a pu exister sans le fief et le fief sans la justice, pourquoi *le bers qui a fief en baronnie appartenant à un baron n'a dans son fief ni grande ni petite justice, que celle-ci appartient au baron;* comment enfin ces droits ont pu se trouver réunis dans

la même main sans jamais se confondre, *ut jurisdictio non sit separabilis sed separata.*

Qu'est-ce donc que la justice? qu'est-ce donc que le fief? Relativement à la justice, le terme même employé a été une cause de confusion. Montesquieu, Henrion de Pansey, le dernier de nos feudistes, comprennent la *justice* des premiers siècles de la monarchie comme celle de leur temps. C'est pour eux le droit de prononcer sur les différends qui s'élèvent entre les justiciables, de réprimer les crimes et les délits et de percevoir certains droits, *freda*, comme compensation des charges attachées aux fonctions judiciaires. Or c'est là un faux point de vue, que démentent également l'histoire et la raison : l'histoire, en nous montrant que toujours et partout, dans les cinq premiers siècles de notre monarchie, la justice est envisagée sous un seul rapport, celui des émoluments qu'elle procure, des droits qu'elle donne de prélever toute espèce de contributions sur les habitants du territoire de son ressort; la raison, en nous indiquant que ce sont là les rapports naturels qui existent entre un peuple vainqueur et un peuple vaincu. Celui-ci est soumis, au profit du premier, à un système d'exploitation qui consiste à percevoir des impôts aussi régulièrement et aussi abondamment qu'on le peut, bien plus qu'à rendre la justice à des hommes asservis. Les fonctions des *judices romani*, l'exercice de la *judiciaria potestas*, se réduisaient donc à la perception du *census* ou de l'impôt, qui ne se composait pas seulement d'une certaine redevance prélevée sur la récolte des terres (*vectigal*), mais aussi de prestations personnelles, telles que l'obligation de travailler à la construction des édifices publics, de fournir des chevaux ou autres moyens de transport, obligations que souvent les administrateurs romains faisaient tourner à leur profit.

Ce fut là le système d'administration que rencontrèrent les barbares lors de leur établissement dans les Gaules. Ils n'eurent garde d'y rien changer : *Franci, profligatis Romanis, rerum facti domini in Galliâ statum provinciarum à Romanis institutum non attigerunt.* Ce *census* fut partagé et distribué par le chef entre ses fidèles et ses compagnons; ceux-ci devinrent *comites*, *vicarii*, *exactores*, etc., et perçurent tous les émoluments

attachés à ces fonctions, en s'efforçant de jour en jour de diminuer le plus possible la part du *census* qui revenait dans l'ancien état de choses au fisc romain, et que s'étaient réservée les rois francs. L'impéritie et la faiblesse de la plupart de ceux-ci, leur défaut de moyens de centralisation, la concession des immunités, la multiplication des *honores*, plus que tout cela encore la nature sauvage et indépendante des barbares, leur puissance individuelle, entretenue par l'état de désordre et de guerres continuelles qui caractérise cette époque, ont pour résultat l'appropriation complète des revenus publics; chaque comte n'administre plus pour le roi, mais pour lui-même; la justice est un patrimoine, l'impôt revêt un caractère privé, il reçoit l'application de toutes les conventions qui affectent la propriété privée, se divise et se multiplie infiniment. A mesure que le pouvoir s'isole et s'individualise, il devient plus nécessiteux, plus dur et plus insatiable, *justitià facti sunt extranei.* C'est alors que naissent et se développent les droits d'aubenage, de mainmorte et de ban; mais en se dénaturant, les fonctions des comtes, vicaires, etc., des justiciers en un mot, ne changèrent pas d'objet. En devenant patrimoniales, qu'entraînèrent-elles dans le domaine privé de ceux qui les possédaient? les émoluments qu'elles procuraient, et non la propriété du sol sur lequel elles s'exerçaient. Que plus tard, que depuis le XIIIe siècle surtout, époque à laquelle le fief envahit toute la société, les droits de justice, dont l'origine est tout à fait méconnue pour différentes causes fort bien expliquées par M. Championnière, et qui ne peuvent se légitimer que par la coutume ou une existence immémoriale, soient regardés comme un indice de la propriété; que le cens justicier et les autres redevances justicières se confondent avec le cens féodal et les autres redevances féodales, et revêtent leur caractère conventionnel comme le résultat d'un contrat passé entre le seigneur propriétaire et le vilain : c'est là un fait historique qui, en nous révélant la tendance des seigneurs à transformer leur justice en fief, et en nous expliquant la confusion générale des auteurs anciens et nouveaux sur ce point capital de notre ancien droit, nous fait voir en même temps tout ce qu'il y avait d'antipathique entre la justice et la propriété du sol, puisque, pour en-

gendrer la propriété, la justice est obligée de se transformer en fief, d'emprunter une origine féodale.

Quelques observations sur le droit de ban vont pleinement justifier toutes ces assertions.

Le droit de ban ne vient pas de l'administration romaine; il naît de la justice même, et, pour cette cause peut-être, de tous les droits seigneuriaux il nous paraît être celui qui reflète le mieux le caractère de la justice. L'effet général du ban est une prohibition faite par un seigneur justicier et publiée par une espèce d'édit, dans le but de limiter à son profit l'exercice du droit de propriété de ses vilains. Le ban était donc un rapport violent et tyrannique entre le seigneur et des hommes, libres et propriétaires il est vrai, mais faibles et obligés de se soumettre à sa puissance. A peu près toute espèce de choses pouvaient devenir l'objet d'un ban; mais les cours d'eau sous le rapport de la force motrice et de la pêche, comme le sol sous le rapport de la chasse, en reçoivent particulièrement l'application. Sous le rapport de la force motrice, il y avait lieu à banalité, lors même que le cours d'eau appartenait au seigneur; c'était alors la banalité de moulin, qui consistait à empêcher tous les hommes de la justice, les hommes de poste, d'aller moudre à un autre moulin que celui du seigneur. Mais sous le rapport de la pêche, le ban frappait toujours sur le cours d'eau dont le seigneur n'était pas propriétaire. Cela résultait du ban lui-même, qui était fait pour défendre à tous de pêcher dans telle rivière, et qui n'eût pas été nécessaire si la rivière eût appartenu au seigneur. Une preuve évidente que le ban du seigneur n'avait pas pour résultat d'approprier la rivière à son profit, c'est la différence qui existe entre la peine qu'on inflige à celui qui pêche dans une rivière banale et à celui qui pêche dans une rivière appartenant à autrui. Le premier commet une infraction à une règle de police, et encourt la peine de l'amende, tandis que celui qui pêche dans la rivière d'autrui est considéré comme ayant commis un vol et poursuivi comme voleur. Plus tard sans doute, et surtout au XVIII[e] siècle, les banalités qui avaient survécu à l'invasion de la puissance royale et trouvé place dans la rédaction des coutumes, furent considérées comme un indice de propriété. Mais ce n'était

là que le résultat des préjugés historiques des anciens feudistes, préjugés qui consistaient à regarder le roi comme le propriétaire de toutes les terres du royaume, les seigneurs comme les ayant reçues de lui, et enfin les vilains comme les tenant des seigneurs à titre de concessions gratuites. Avec ce système, tout devenait le résultat de la convention et prenait un caractère légitime. Mais il n'y avait qu'un malheur, c'est que ce système se trouvait en contradiction avec les faits historiques et les anciennes maximes qui étaient l'expression exacte de l'ancien état de choses.

Sans entrer davantage dans l'examen de la justice seigneuriale, de ses vicissitudes et de ses luttes contre la puissance royale, qui sur la fin du XVIII[e] siècle déjà l'avait presque complétement absorbée, nous pouvons arriver à cette conclusion, que la justice ne fut jamais pour le seigneur une cause attributive de propriété, et que ce ne fut jamais comme justiciers que les seigneurs purent être considérés comme propriétaires des cours d'eau qui coulent dans le territoire du ressort de leur justice, et que par conséquent ce serait en vain que l'État, dans la lutte qu'il soutient contre les riverains sur la propriété des petits cours d'eau, prétendrait avoir succédé aux droits de justice seigneuriale. Ces prétentions, fussent-elles justifiées, ne prouveraient rien en faveur de la propriété des cours d'eau non navigables ni flottables.

Si je passe maintenant à l'examen du fief, je ne retrouve plus à son origine l'abus de la force et les relations d'un peuple vainqueur et d'un peuple vaincu : la convention est la source d'où il découle, et c'est là, nous ne saurions le répéter trop souvent, la différence essentielle qui le distinguera toujours de la justice. Après l'invasion, les chefs barbares et surtout les rois se trouvèrent en possession d'une grande quantité de terres. Il était dans leurs mœurs et dans leurs besoins qu'ils cherchassent à en tirer le même parti qu'ils tiraient du butin acquis par la victoire; ils donnent une partie de ces terres à leurs compagnons pour les attirer et les fixer autour de leurs personnes. Ces concessions prirent le nom de *bénéfices*, et furent la base de l'association seniorale, qui devint une des sources principales du fief. Le contrat de bénéfice était ainsi défini (liv. 2, *Feud.*, tit. 23) :

Quod ex benevolentiâ ita datur ut, proprietate quidem rei immobilis beneficiatæ penes dantem remanente, ususfructus illius rei ita ad accipientem transeat ut ad eum hæredesque suos, si de his nominatim dictum fuit, in perpetuum maneat. L'objet de ce contrat était la concession sur le sol d'une espèce de droit qui se rapprochait beaucoup de l'usufruit, mais qui en différait sous deux points capitaux. Le droit résultant de la concession bénéficiaire était plus que l'usufruit en ce sens qu'il était perpétuel, mais il était moins en ce sens qu'il n'était pas transmissible entre vifs. C'est un point historique fort obscur que de savoir quelle fut dans l'origine la durée de la concession bénéficiaire. Du VI[e] au X[e] siècle, on rencontre constamment des bénéfices arbitrairement révocables, des bénéfices temporaires, des bénéfices à vie et des bénéfices héréditaires, et ces divers modes de concession ont été non point successifs, mais simultanés et contemporains. La solution généralement donnée à ce problème historique, c'est qu'originairement et communément les bénéfices furent concédés à titre d'usufruit et à vie, à charge par le bénéficier de rester fidèle au donateur, et que le cours des choses tendit constamment à les rendre héréditaires. Le premier fait découlait du but même de la concession bénéficiaire, qui, aux yeux des barbares, ne différait guère de la concession d'un cheval ou d'une framée ; le second, de la nature de la propriété foncière, qui ne pouvait manquer de se développer, et qui eut pour effet de séparer ceux qu'on lui demandait de tenir unis. Plusieurs causes viennent corroborer cette tendance des bénéficiers à rendre héréditaires leurs bénéfices : une des principales fut la faiblesse des rois de la deuxième race qui succédèrent à Charlemagne. Plusieurs concessions de Louis le Débonnaire et la plupart de celles de Charles le Chauve sont faites à ce titre ; enfin, en 875, ce dernier autorise ses fidèles à disposer après sa mort, et comme il leur conviendrait, des bénéfices qu'ils tiennent de lui, sous la condition, toutefois, qu'ils ne les transmettront qu'à des hommes capables de servir l'État. C'est à cette époque que le contrat de fief succéda au bénéfice, et que commence le régime féodal, sorte de transaction entre les bénéficiers et les donateurs, qui vient rendre stables et régulières les relations des

propriétés et des familles, jusque-là en proie à la lutte des forces individuelles et aux chances du désordre social. Mais l'effet du fief comme celui du bénéfice, relativement au sol, fut de scinder le droit de propriété en domaine *direct* et en domaine *utile;* le domaine direct resta entre les mains du seigneur inféodant, et le domaine utile passa entre les mains du feudataire. De là nous pouvons conclure que le contrat de fief, comme celui de bénéfice, n'eut jamais le sol pour objet que sous le rapport de la propriété privée. La foi, l'hommage, le service militaire, une certaine juridiction familière sont bien le résultat de l'association féodale, mais il n'y a dans le fief aucune délégation du pouvoir public; sa base est la propriété du sol, et cette vérité devient bien plus frappante encore lorsqu'on examine le fief dans ses rapports avec le censitaire, rapports qui survivent seuls au milieu de l'ordre qui s'établit par suite de l'agrandissement du pouvoir royal et de la cessation des guerres privées. La directe, à l'égard de celui qui occupe le dernier degré de la hiérarchie féodale, s'est conservée beaucoup plus vivace qu'à l'égard des vassaux nobles, mais elle apparaît avec tous les caractères du droit de propriété. Le cens féodal n'est jamais envisagé que comme le prix de la concession de la terre faite par le seigneur au roturier; le cens justicier, au contraire, ne se présente jamais sous cet aspect : c'est toujours l'ancien cens romain avec son caractère d'impôt.

La plupart des légistes ont attaché à la possession féodale la puissance publique des seigneurs : c'est là une erreur grave qui était, du reste, la conséquence nécessaire de l'ignorance où ils étaient relativement aux justices. Les hommes que l'histoire nous représente comme ayant exercé une portion du pouvoir public sont toujours les ducs, comtes, vicomtes, vidames, avoués, etc., dénominations qui indiquent toutes le seigneur justicier. Qu'elles se rencontrent chez le seigneur féodal, ce qui dut arriver très-fréquemment, cela ne prouve qu'une chose : c'est que le seigneur féodal pouvait avoir sur les terres une double puissance, celle de la propriété et celle de la justice, mais non que la justice suppose nécessairement la propriété ou le fief : *Nihil commune habet jurisdictio*, nous dit Dumoulin, *aut cum feudo, aut cum*

castro, *aut cum domanio*, tandis que le droit de propriété, le *domanium*, se révèle jusqu'aux derniers jours de vie de la féodalité, dans les droits de lods et vente que le seigneur percevait sur la vente consentie par son vassal roturier. De l'inféodation résultaient deux sortes de rapports entre le seigneur inféodant et son vassal : les uns avec les personnes, désignés sous le nom de *mouvance;* les autres avec les terres, qui s'appelaient *directe*. Les rapports personnels n'existaient qu'entre le seigneur et son vassal immédiat, et il n'y avait aucun rapport de mouvance entre le suzerain et le vassal de son vassal. Au contraire, les rapports réels, les rapports territoriaux suivent la terre dans toutes les mains où elle passe, subsistent depuis le suzerain jusqu'au dernier des censitaires. Ce n'est qu'en se prétendant souverain fieffeux du royaume, en alléguant la directe universelle du roi, que les légistes finissent par lui faire attribuer les droits de franc-fief et d'amortissement.

Les rapports personnels du seigneur avec son vassal purent paraître aussi des démembrements de l'autorité publique. Il n'en était rien cependant; cette puissance du seigneur sur son vassal féodal n'était autre chose que la puissance du chef militaire sur l'homme obligé à son service, puissance qui ne s'entretenait que par l'usage des guerres privées; les guerres privées cessant, cette puissance disparut avec elles. Ces rapports personnels, qui étaient le véritable but originaire du fief, mais qui n'en constituent pas l'essence, se manifestent encore malgré la désuétude où ils sont tombés dans les règles des successions entre les héritiers du vassal, dans les règles du partage, dans celle du jeu de fief et du dénombrement, dans celle du bail et de l'hommage : règles qui faisaient les conditions imposées au contrat quand il avait pour objet le service militaire, mais qui n'avaient plus qu'une utilité fort restreinte lorsque cet objet eut cessé. Ainsi, par la force même des choses, il ne reste plus du fief que ce qui a fait la cause de sa durée, que ce qui est assis sur le sol; tout ce qui reposait sur les rapports personnels avait disparu depuis longtemps, depuis que le pouvoir royal fut assez fort pour se constituer l'arbitre de tous les différends qui s'élevaient entre ses sujets quelque puissants qu'ils fussent. Ce qui survit, ce sont des

rentes et des revenus analogues à ceux qui résulteraient d'un contrat de bail. En un mot, l'association seniorale s'était résumée dans l'inféodation, et l'inféodation n'était plus qu'un contrat privé, au moyen duquel la *dominité est cizaillée* en directe et en domaine utile. Cizaillement, division funeste, qui depuis longtemps était l'objet des critiques et des attaques des jurisconsultes! Déjà Dumoulin et après lui la plupart des feudistes avaient attribué au domaine utile, la faculté de disposer presque aussi absolue que dans le fief; Hervé va bien plus loin encore, il soutient que la propriété entière de la censive est là où est le domaine utile; pour lui la directe seigneuriale n'est plus qu'une servitude; nous touchons à 89. Mais au bord de l'abîme où tout cet ancien régime va s'engloutir, arrêtons-nous encore un instant. Comme conclusion de tout ce que nous avons dit sur le fief, posons une formule générale, c'est que toutes les fois que nous retrouverons sur le sol un droit résultant du contrat de fief, que nous le reconnaissions entre les mains du seigneur ou entre celles du vassal, nous pourrons dire d'une manière certaine que ce droit n'a rien de public, qu'il est de la nature de la directe ou du domaine utile, c'est-à-dire le résultat de l'appropriation privée. Ainsi, d'un côté, les seigneurs n'ont jamais eu sur le sol de droits de propriété dérivant de leur justice, et d'un autre côté tous leurs droits dérivant du contrat de fief étaient des droits de propriété privée.

Maintenant, si après l'exposition des principes que nous venons d'établir, nous en cherchons l'application à une classe particulière de biens, à la propriété des eaux courantes; nous trouvons que non-seulement notre système est d'une application facile, mais que c'est le seul qui puisse expliquer les textes nombreux que l'on rencontre.

Les eaux courantes étaient envisagées par les anciens jurisconsultes sous trois rapports distincts : la police, les servitudes et la propriété : *In fluminibus præcipuè consideranda sunt jurisdictio, usus, proprietas.* La police comprenait la garde et la conservation, elle appartenait aux seigneurs, elle leur était attribuée par les coutumes, dans un grand nombre de dispositions concernant la police des eaux courantes. C'était une conséquence de leurs

droits de justice, et nous ne voyons aucune de ces coutumes leur supposer un droit de propriété dérivant de ce droit de garde qui leur était attribué. Au contraire, de l'interprétation qui leur a été donnée par la jurisprudence, il résulte positivement que les prohibitions de pratiquer certains actes sur le cours de l'eau concernaient même le propriétaire de la rivière, preuve évidente que la rivière n'était pas présumée appartenir aux seigneurs. Ceux-ci, en effet, en vertu de leurs droits de police, n'avaient que le droit de ban et celui de percevoir l'amende qui était fixée pour la violation de ce ban. Les servitudes dont nous voyons les cours d'eau être l'objet d'après le texte des coutumes, ne sont encore que des droits de police. C'est le droit de chacun modifié et restreint dans l'intérêt général; et ces règlements des coutumes, qui sont l'origine des articles 640 et suivants du Code civil, s'appliquent aux seigneurs comme à tout autre propriétaire du cours d'eau : « Le seigneur peut détourner l'eau courante en sa terre, » pourvu que les deux rives soient assises en son fief, et qu'au » sortir d'icelui il les remette à leur cours ordinaire, et que tout » se fasse sans dommage d'autrui. » Que faut-il donc pour que le seigneur lui-même puisse jouir du droit exceptionnel, et qui a besoin d'être consacré par la coutume, de détourner et de changer la direction du cours d'eau? Il faut que les deux rives soient assises dans son fief, il faut que la rivière se trouve au milieu de ses domaines, des terres qui lui appartiennent à titre privé. Quant au droit de propriété qui se manifeste sur le cours d'eau par l'appropriation des îles, îlots, atterrissements qui se forment dans leur lit, le régime des coutumes nous paraît encore on ne peut plus significatif. Ainsi, c'est la coutume du Bourbonnais qui nous dit, dans ses articles 340 et 341, que la rivière *tolt et donne* au seigneur justicier, et non au seigneur tréfoncier et propriétaire qui n'a pas ladite justice, mais que les choses ne se passent ainsi que dans les rivières d'*Allier*, *Loire*, *Cher*, etc., et qu'il en est autrement des petites rivières et ruisseaux. Les grandes rivières, par rapport au droit de propriété, sont seules l'objet des règlements des coutumes; la conséquence à en tirer, c'est que les textes qui attribuent au seigneur justicier la propriété des grandes rivières ne s'appliquent pas aux petites, et

que celles-ci ne sont régies que par le droit commun, le droit de la propriété privée. Ce qui s'est passé concernant ces grandes rivières, avant et après la domination justicière des seigneurs, nous révèle la cause de leur attribution aux seigneurs, et, en nous faisant connaître cette cause, nous montre qu'elle n'existe pas en ce qui concerne la propriété des petits cours d'eau.

Les grandes rivières ne sont la propriété des seigneurs que comme vacants, comme parties du sol non appropriées, et en vertu de la maxime : « Nulle terre sans seigneur. » En effet, sous l'empire de la législation romaine, les grandes rivières étaient publiques, n'appartenaient à personne; dans celle des capitulaires qui lui succède immédiatement, rien ne nous montre qu'elles aient perdu ce caractère. Leur administration est confiée aux seigneurs hauts justiciers; de là qu'arrive-t-il? C'est que lors de la chute de la seconde race, au moment où le pouvoir central semble s'anéantir et disparaître devant les prétentions féodales, les seigneurs en possession des grandes rivières firent, relativement à elles, ce qu'ils avaient fait relativement aux grands chemins, aux vacants, aux impôts, en un mot à toutes choses publiques, qui tombèrent en leur possession, ils se les approprièrent. Cette usurpation ne rencontra et ne pouvait rencontrer aucun obstacle, ni de la part du roi parce qu'il était trop faible, ni de la part des populations qui, tout en supportant impatiemment l'administration despotique des seigneurs, ne voyaient en elle que l'expression du pouvoir public conservé par les coutumes. Mais quand revient le tour du pouvoir central, qu'une administration générale et puissante succède au pouvoir féodal, le régime des ordonnances à celui des coutumes, le roi rentre dans le domaine des grandes rivières, comme il est rentré dans celui des grands chemins et des justices; il y rentre par la force même des choses, mais toujours en vertu d'un même préjugé historique et économique; c'est sur une erreur qui lui sera fatale, sur la fiction de la directe universelle, que le roi fonde ses nouveaux droits. Les distinctions si heureuses et si vraies entre le domaine de la couronne, le domaine de l'État et le domaine public, surtout la distinction fondamentale du domaine de l'État et du domaine public, n'ont pas encore été faites.

Il faut la dissolution de l'ancien état de choses et le chaos de 93 pour l'élaboration des nouveaux principes. Ainsi la dissolution de l'être végétal est nécessaire à l'élaboration et au développement du germe qu'il renferme et qui doit le remplacer!

En résumé, des vissicitudes à travers lesquelles nous avons suivi la propriété des grands cours d'eau il résulte ce fait, que, d'après les lois romaines, les coutumes et les ordonnances des rois, les grands cours d'eau ont toujours conservé, dans les dispositions dont ils étaient l'objet, leur caractère de propriété publique. Or, rien de pareil n'eut lieu pour les petits cours d'eau, cette différence entre les uns et les autres est pour nous une preuve évidente de la nature diverse de ces deux classes de cours d'eau, et nous démontre que si les premiers sont des propriétés publiques, les seconds sont des propriétés privées. Ces présomptions se fortifient encore et se changent en certitude en présence des titres nombreux dans lesquels les petits cours d'eaux sont considérés comme possessions privées. En effet, que nous consultions la formule abstraite des contrats ou les titres eux-mêmes, nous rencontrons toujours, pour exprimer un des éléments de la propriété privée, une phrase devenue en quelque sorte de style : *Aquæ aquarumve decursus*. Ce point important a été environné par M. Championnière d'un tel nombre de textes à l'appui, qu'il est impossible d'en méconnaître l'existence. Ce sont d'abord les formules du moine Marculfe, vivant au VII[e] siècle, qui sont passées en revue, puis les formules angevines dont M. de Rozières a récemment donné une édition complète dans l'*Histoire du droit français* de M. Giraud, enfin un nombre considérable d'actes translatifs de propriété privée, tels que ventes, échanges, cessions, donations, testaments, actes de bail ou de précaire, constitutions de dot, libéralités entre époux, etc., tous nous faisant voir les eaux et leurs cours, *aquæ aquarumve decursus*, comme l'objet principal ou accessoire de ces actes.

L'esquisse que nous venons de tracer des droits seigneuriaux sur les cours d'eau suffit pour nous faire comprendre le sens et l'application à cette matière des lois révolutionnaires.

Pendant ce long espace de temps, écoulé depuis la domination romaine jusqu'à la révolution de 1789, il est peu de siècles

que l'histoire ne nous montre ensanglantés par les énergiques protestations et les révoltes des vilains contre la domination oppressive et tyrannique des seigneurs. C'est encore à la lueur des châteaux incendiés par les paysans, que l'assemblée constituante devait être amenée à l'examen des droits féodaux, véritable cause de la révolution qui allait commencer.

En 1789, les droits de justice, tels que nous les avons vus exercés par les seigneurs vers le milieu du moyen âge, avaient disparu à peu près en totalité, et tout ce qui en restait était généralement considéré comme droit de fiefs; néanmoins quand l'Assemblée constituante, pour déterminer les principes d'après lesquels elle devait prononcer l'abolition des droits féodaux, examina ces droits d'un peu près, elle fut obligée d'en reconnaître de deux natures différentes. C'était au reste le sort de tous ceux qui, sans s'abandonner à la méthode systématique, avaient voulu pénétrer les rapports sociaux de cette époque, et Laproix-Fréminville, lui-même, dans la préface de son *Dictionnaire des droits féodaux*, reconnaissait deux espèces de fiefs : l'un qu'il appelait réel, et l'autre personnel. Ces distinctions sont le dernier résultat de la maxime : *Fief et justice n'ont rien de commun*, ou plutôt de la force même des choses, car, tout en ignorant l'origine, et sans se rendre compte de ces différents droits, dont les premiers seuls ont pour base la concession ou le consentement, l'Assemblée constituante tient compte de la différence qui les sépare. « L'Assemblée nationale, porte l'article 1er du décret du 3 novembre 1789, détruit » entièrement le régime féodal, et décrète que tous les droits » tant féodaux que censuels qui tiennent à la mainmorte réelle » ou personnelle et à la servitude personnelle, et ceux qui les » représentent, sont abolis sans indemnité, et tous les autres dé- » clarés rachetables. » Le système dont ne s'est jamais écartée l'Assemblée constituante fut donc de distinguer des droits auxquels on ne pouvait donner d'autre origine que la puissance et l'autorité, et d'autres qui résultaient du consentement; à l'égard des premiers, elle ne fait que consommer ce qui, depuis bien longtemps, avait été commencé et grandement avancé par les agents du pouvoir royal, c'est-à-dire la ruine du pouvoir justicier des seigneurs; à l'égard des seconds, elle reconnaît pour base la

propriété, et, sans examiner si cette base est elle-même bien ou mal fondée, elle n'ose y toucher, elle abolit la foi et l'hommage, mais quant aux droits eux-mêmes, elle les déclare rachetables. Or, ce n'était pas ainsi que le peuple entendait les résultats de la Révolution, il lui fallait la liberté des terres, comme la liberté des personnes. Sous le second rapport seulement, l'Assemblée constituante avait accompli son rôle, c'était à l'Assemblée législative et à la Convention à compléter la ruine de l'ancien régime par l'affranchissement des terres.

« Le territoire de la France, porte l'article 1er du décret du » 6 octobre 1791, dans toute son étendue, est libre comme les » personnes qui l'habitent; ainsi, toute propriété territoriale ne » peut être assujettie envers les particuliers qu'aux revenus et aux » charges dont la stipulation n'est pas défendue par la loi, et ne » peut être assujettie envers la nation qu'aux contributions éta- » blies par le corps législatif. »

Par cette déclaration seulement, est complétée une immense et profonde révolution; dès lors il fut vrai de dire qu'il n'y a plus en France que des alleux. Tels sont les effets généraux des lois abolitives de la féodalité : tout ce qui a porté le caractère de droit seigneurial, tout ce qui n'existait qu'en vertu soit de la loi justicière, soit de la convention féodale, aux mains du seigneur ou de son représentant, a disparu comme une servitude, comme un droit d'usage ou d'usufruit qui s'éteint. Les conséquences à en tirer, relativement à la propriété des petits cours d'eau, sont directes et faciles à saisir. Tous les petits cours d'eau, comme le reste du sol français, étaient grevés ou de droits de justice ou de droits de fief, quelquefois des deux simultanément; ou bien, n'ayant jamais été appropriés, ils étaient restés dans la classe des vacants. Relativement à la justice, les droits de police et de haute administration passent à l'État; mais tous les droits utiles sont irrévocablement détruits, le domaine n'a pu profiter d'aucun. Quant au fief, la directe est abolie, le domaine utile en est affranchi comme d'une servitude, il constitue lui seul la propriété: d'où il suit que, toutes les fois que les petits cours d'eau avaient été l'objet d'une inféodation, ou avaient été appropriés, ils sont devenus la propriété du censitaire, et, comme le censitaire de-

vait toujours être riverain des cours d'eau qui traversaient les terres qui lui étaient donnés à cens, on peut dire que, dans ce cas, ce fut le riverain qui hérita directement, et par suite des lois abolitives de la féodalité, du droit des seigneurs. Relativement enfin aux petits cours d'eau qui n'ont pas été appropriés, le résultat des nouveaux principes fut de les rendre choses sans maître, et régies en cette qualité par les lois générales de la propriété. Le Code civil est-il, relativement à eux, un titre de propriété pour les riverains? C'est ce qui nous a paru toujours résulter de l'examen des textes du Code, et ce qui a été fort bien établi dans la discussion qui termine le livre de M. Championnière. Nous ne suivrons pas l'auteur dans cette dernière partie; le principal but que nous nous sommes proposé, dans l'étude du livre de M. Championnière, et dans l'analyse fort incomplète que nous en avons donnée, a été d'exposer l'influence de l'ancien droit sur la question de propriété des petits cours d'eau encore pendante entre l'État et les riverains, de faire voir comment cette influence s'exerce, et de mettre en lumière les rapports de l'état actuel des choses avec la possession des seigneurs. Ces rapports, que M. Championnière nous paraît avoir le premier fait ressortir, et qui devaient être environnés, comme aperçus nouveaux, d'un grand nombre de preuves, sont nécessairement divisés; nous avons cherché à les grouper et à les rendre parfaitement saisissables. Ce point de vue auquel nous nous sommes placé nous a empêché d'être complet dans notre analyse : nous n'avons pu qu'indiquer superficiellement tous ces droits justiciers ou féodaux qui ont pesé sur le sol français, et que M. Championnière a suivis depuis leur origine jusqu'à leur extinction.

Nous ne nous permettrons qu'une réflexion critique sur le plan de cet ouvrage, qui supporterait mieux le commentaire que l'analyse. Les recherches auxquelles l'auteur s'est livré étaient trop considérables, et leurs résultats trop importants, pour en faire en quelque sorte l'accessoire d'une question de droit privé. C'est dans un traité spécial que devront être consignées ces savantes investigations; mais le mal n'est pas sans remède, et le succès de l'ouvrage répondant à son mérite, nous espérons que l'auteur enrichira la science d'un nouveau traité dans lequel seront plus

largement développées les bases sur lesquelles il a si solidement fondé sa nouvelle théorie des droits féodaux.

Nota. Depuis la rédaction de cet article, il est intervenu un arrêt de la cour suprême, en date du 10 juin (V. *le Droit*, 18 juin 1846), qui tranche la question en faveur de l'État. Nous ne pouvons ici discuter les raisons données par la cour de cassation; qu'il nous soit permis néanmoins de signaler une des conséquences de cette décision : c'est que, si un petit cours d'eau venait tout à coup à tarir, l'usage de tous et l'application de l'article 714 du Code civil cessant aussitôt, le lit mis à sec serait dévolu à l'État, qui se trouverait ainsi propriétaire d'une quantité de parcelles de terre enclavées dans les possessions des anciens riverains. C'est là un résultat au moins bizarre et qui nous paraît difficile à concilier avec la doctrine de l'article 561 du Code civil. Mais ce qui nous frappe surtout dans le nouvel arrêt, c'est le silence absolu qu'il garde sur les arguments que fournit l'ancien droit à l'appui de la solution contraire. Nous croyons que, si les raisons données dans le traité de M. Championnière, ouvrage qui, par un fâcheux hasard, n'a été livré à la publicité que le jour même où l'arrêt était rendu, avaient pu être connues et appréciées, la cour de cassation eût été sinon convaincue, au moins assez vivement touchée pour chercher à les réfuter.

E. LHOMME.

CHRONIQUE.

Belgique. La chambre des représentants, dans sa séance du 6 juillet, a adopté le projet de loi qui sanctionne la convention commerciale conclue avec la France. La même chambre a adopté le projet de loi de la nouvelle organisation de la garde civique.

— Par une loi promulguée le 1er juin dernier, les articles 331—335 du Code pénal de 1810 ont été réformés de la manière suivante :

Art. 1er. Les articles 331, 332, 333, 334 et 335 du Code pénal de 1810 sont abrogés et remplacés, dans ledit Code, par les dispositions suivantes :

Art. 2 (331 du Code pénal). Quiconque aura commis le crime de viol ou sera

coupable de tout autre attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence contre les individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de la reclusion.

Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis, le coupable subira la peine des travaux forcés à temps.

Art. 3 (art. 332 du Code pénal). Sera puni de la reclusion quiconque se rendra coupable d'un attentat à la pudeur commis sans violence sur la personne ou à l'aide de la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe âgé de moins de quatorze ans.

Art. 4 (333 du Code pénal). Quiconque aura attenté aux mœurs en excitant, facilitant ou favorisant, pour satisfaire les passions d'autrui, la débauche ou la corruption des jeunes gens de l'un ou de l'autre sexe, âgés de moins de quatorze ans, sera puni de la reclusion.

Celui qui aura attenté aux mœurs en excitant, facilitant ou favorisant habituellement, pour satisfaire les passions d'autrui, la débauche ou la corruption de mineurs âgés de plus de quatorze ans, sera puni d'un emprisonnement de deux mois à trois ans et d'une amende de 50 à 100 francs.

Art. 5 (334 du Code pénal). Si les coupables des crimes et délits repris aux trois articles qui précèdent sont les ascendants de la personne envers laquelle a été commis l'attentat; s'ils sont de la classe de ceux qui ont autorité sur elle; s'ils sont ses instituteurs ou serviteurs à gages des personnes ci-dessus désignées; s'ils sont fonctionnaires publics ou ministres d'un culte, ou si, dans le cas de l'article 2 (351 du Code pénal), le coupable, quel qu'il soit, a été aidé dans son crime par une ou plusieurs personnes, on appliquera la peine immédiatement supérieure à celle fixée par les articles 2, 3 et 4 (331 et 332 du Code pénal).

Art. 6 (335 du Code pénal). Dans les cas prévus par les quatre articles précédents, les coupables seront interdits de toute tutelle et curatelle et de toute participation aux conseils de famille.

Cette interdiction sera indéfinie s'il s'agit d'un crime; elle sera prononcée pour cinq à vingt ans s'il s'agit d'un délit. Si le fait a été commis par le père ou la mère, le coupable sera, de plus, privé des droits et avantages qui lui sont accordés sur la personne et les biens de l'enfant par le Code civil, liv. I[er], tit. 9, de la puissance paternelle.

La loi du 21 décembre 1836 sera applicable aux faits prévus par les articles 2, 3, 4 et 5 (331, 332, 333 et 334 du Code pénal).

— Le traité de commerce avec la Hollande vient d'être signé.

Brésil. Le gouvernement et la chambre des députés (dans son adresse en réponse au discours du trône) ont protesté contre le bill du parlement britannique qui soumettrait aux tribunaux d'une nation étrangère les navires brésiliens soupçonnés de faire la traite, comme ne s'accordant pas avec les principes de la souveraineté et de l'indépendance de la nation.

Danemark. Le roi vient de publier une déclaration relative à la succession des duchés de Schleswig et de Holstein. Le premier de ces deux duchés, tout en conservant sa nationalité, est annexé complétement au Danemark. Il n'en est pas tout à fait de même pour le duché de Holstein. Cette déclaration ne paraît pas de nature à faire cesser les anxiétés qui existent parmi les sujets allemands du roi pour le cas où il décèderait sans héritier direct.

Deux-Siciles. Le Journal des Deux-Siciles publie un décret royal portant que les commissions suprêmes pour les délits d'État, instituées le 24 mai 1826, sont abolies.

Hesse (Grand-duché de). La commission de la chambre des députés a terminé son rapport sur le projet de Code de simple police.

Prusse. Le traité de navigation et de commerce conclu au nom de l'union douanière avec la Sardaigne vient d'être ratifié. — Le gouvernement a refusé de faire droit à une pétition de la chambre du commerce de Dusseldorf tendante à l'établissement de tribunaux de commerce composés de juges élus par les commerçants.

— Le 17 juillet dernier, a eu lieu la promulgation de la nouvelle loi concernant la procédure criminelle. La *Revue de Droit* a plusieurs fois fait mention des travaux préparatoires de cette loi ; en voici les principales dispositions : Le ministère public est institué près chaque cour ou tribunal; la procédure sera orale; l'accusé et les témoins comparaîtront à l'audience en personne ; aucun moyen de contrainte ne pourra être employé contre l'accusé pour le forcer à faire des aveux. L'accusé pourra se choisir un défenseur ; dans le cas où l'accusation porte sur un crime ou sur un délit pouvant entraîner une peine plus forte que trois ans de prison, l'accusé pourra exiger du tribunal la nomination d'office d'un défenseur. Lorsque l'accusé aura été reconnu coupable d'un crime que la loi punit d'une peine capitale ou de la détention perpétuelle, la cour ou le tribunal, s'il trouve en son âme et conscience qu'il existe des circonstances atténuantes, pourra appliquer à l'accusé, dans le premier cas, l'emprisonnement à perpétuité et même à temps, et dans le second cas, l'emprisonnement à temps. Aucun arrêt ou jugement ne sera plus soumis à la confirmation du ministre de la justice. Tout accusé absous ou acquitté ne pourra être traduit de nouveau devant la justice pour le même crime ou délit, quand même on dénoncerait de nouvelles preuves contre lui. Cette disposition reçoit exception lorsque la mise hors de cause a été prononcée sous réserve, mais cela seulement si les délais de la prescription ne sont pas expirés. Les personnes intéressées dans l'affaire et tous les officiers de la justice, notamment les commissaires de justice (avocats), pourront assister aux débats judiciaires.

Saxe (Royaume de). Les deux chambres ont accordé successivement leur assentiment aux projets de loi relatifs à des traités de commerce, de douanes et de navigation conclus avec les gouvernements étrangers, ainsi qu'à un projet de loi concernant le recrutement.

Saxe-Cobourg-Gotha (Duché de). Le duc régnant a fait présenter aux États deux projets de loi : le premier porte que tous les domaines particuliers de S. A. S. et de sa famille payeront dorénavant les mêmes impôts et contributions et supporteront les mêmes charges qui frappent tous les autres biens immeubles du pays; le second projet de loi ordonne que les trois cinquièmes des revenus nets des domaines privés du duc régnant seront affectés à l'amortissement de la dette publique, et que, quand cette dette aura été éteinte, un cinquième des revenus nets du même domaine sera employé à soulager les sujets de S. A. S. dans les taxes et contributions mises à leur charge.

Suisse. *Berne*. La nouvelle constitution a été adoptée, le 1er août, par le peuple.

France. Une ordonnance, en date du 18 juillet dernier, abroge les articles 46, § 2, du décret du 6 juillet 1810, et 50 de l'ordonnance du 15 janvier 1826, et dispose qu'à l'avenir le titre de premier avocat général près la cour de cassation et les cours royales sera conféré par le roi sur le rapport du ministre de la justice.

— Le *Moniteur* du 23 juillet contient une ordonnance sur l'organisation de l'administration centrale du ministère de la marine et des colonies.

— Une ordonnance du 28 juillet, rendue en forme de règlement d'administration publique, détermine les formes dans lesquelles les remplaçants et les marins devront justifier de l'origine des fonds dont le versement exceptionnel aux caisses d'épargne est autorisé par l'article 2 de la loi du 22 juin 1845. En voici les dispositions :

« Art. 1er. Les remplaçants dans les armées de terre et de mer, qui se présenteront pour déposer en un seul versement, aux caisses d'épargne du royaume, le prix stipulé dans l'acte de remplacement, devront produire à l'appui de leur demande en versement une expédition authentique du traité de remplacement, si ce traité a été passé devant notaire, ou, s'il a été fait sous seings-privés, une copie conforme certifiée et signée par les parties et dument enregistrée.

» Art. 2. La production de ce traité devra être accompagnée : 1° pour les remplacements par substitution de numéros entre les hommes ayant pris part au même tirage, de l'acte de substitution délivré par le préfet ; 2° pour les remplacements admis par les conseils de révision, de l'acte administratif de remplacement passé devant le préfet ; 3° pour les remplacements qui ont lieu dans les corps des armées de terre et de mer, de l'acte administratif de remplacement dressé par le sous-intendant militaire ou le commissaire aux revues de la marine.

» Art. 3. A l'égard des traités provisoires de remplacement passés, dans les six derniers mois du service militaire, par des hommes qui se trouvent encore sous les drapeaux, le prix pourra en être déposé, à titre provisoire, dans les caisses d'épargne. L'admission de ce dépôt aura lieu sur la production du traité accompagné du certificat d'acceptation délivré par le conseil d'administration du corps auquel le remplaçant appartient.

» Art. 4. Les marins des équipages de ligne qui seront dans l'intention de verser aux caisses d'épargne le montant des décomptes qui leur seront dus au retour des campagnes qu'ils auront faites sur les bâtiments de l'État, devront, si le montant de ces décomptes s'élève à plus de 300 francs, en faire la déclaration au conseil d'administration de la division à laquelle ils appartiendront. Ils indiqueront la quotité du versement qu'ils veulent faire, lequel ne pourra toutefois excéder 1,500 francs, et il leur sera donné acte de cette déclaration. — Cet acte, signé des membres du conseil d'administration et visé du commissaire aux revues, énoncera à quel titre la somme est due au marin, sur quel exercice elle est imputée et sur quel bâtiment elle a été acquise. — Les conseils d'administration n'auront point à intervenir dans les versements à faire aux caisses d'épargne ; les fonds seront remis dans les formes ordinaires aux marins qui se présenteront eux-mêmes à la caisse d'épargne, munis de l'acte spécifié ci-dessus, lequel restera déposé entre les mains du caissier.

» Art. 5. Les marins embarqués sur les bâtiments du commerce, et qui voudront jouir des avantages que leur offre l'article 2 de la loi du 22 juin 1845, devront, au moment de leur embarquement ou de leur débarquement, en faire la déclaration au commissaire de l'inscription maritime, et cet administrateur leur en donnera acte dans les formes prescrites, par l'article précédent, aux conseils d'administration à l'égard des équipages de ligne. Cet acte, servant à justifier de l'origine des fonds, restera déposé à la caisse d'épargne.

» Art. 6. Tout versement opéré contrairement aux dispositions de la présente ordonnance ne produira aucun intérêt. »

— Une ordonnance du 26 juillet crée une seconde chambre civile au tribunal de première instance d'Alger.

Dissertation sur la nature des prélèvements pour reprises en matière de communauté conjugale.

Par M. COIN-DELISLE, avocat à la cour royale de Paris.

Une des questions les plus graves de notre droit moderne, c'est de savoir si les prélèvements qu'exercent les époux ou leurs héritiers, avant de partager les biens d'une communauté formée sous le Code civil, ne sont que l'exercice d'un droit de créance, ou s'ils ne sont pas plutôt l'exercice d'un droit de propriété.

Dans l'un de ces systèmes, les prélèvements arrivent aux époux par suite d'une action personnelle; dans l'autre, ils leur appartiennent par droit de revendication.

Suivant le premier système, le *légataire* ou le *donataire* à titre universel des *meubles* de l'un des époux a droit même aux immeubles, attribués à son auteur pour le remplir des aliénations faites durant la communauté ou pour indemnités. Suivant le second système, au contraire, la nature même des biens que les opérations de règlement attribuent à chacun des époux, détermine s'ils appartiennent soit au légataire ou donataire des meubles, soit au légataire ou donataire des immeubles.

Pour bien circonscrire la question, il faut d'abord rappeler ici que chaque époux ou son héritier a trois sortes de prélèvements à opérer : 1° ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté et qui existent encore en nature, ou les biens régulièrement acquis en remploi pendant la communauté; 2° le prix des immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté, et dont il n'a pas été fait remploi; 3° enfin les indemnités qui lui sont dues par la communauté.

Pas de difficulté possible sur les prélèvements de la première classe : les propres qui existent en nature, soit parce qu'ils ont été conservés, soit parce qu'ils ont été subrogés par remploi à des propres aliénés, se reprennent par revendication, non par action personnelle. L'époux ou son héritier les désigne dans la masse générale des biens, en disant : « Cette chose est mienne;

elle m'appartient avant tout partage ; il faut la distraire de la masse à mon profit. » Ainsi, tout propre repris en nature appartient au légataire des meubles ou au légataire des immeubles, selon que par sa nature individuelle il sera meuble ou immeuble.

La difficulté ne s'élèvera donc que sur les prélèvements de la seconde et de la troisième classe, c'est-à-dire, pour le prix des propres aliénés sans remploi régulier, et pour les autres indemnités dues par la communauté à l'un des époux.

Encore en faut-il exclure les reprises que la femme renonçante a le droit de faire (art. 1493) : dans le cas de renonciation, il n'y a pas de communauté ; tous les biens de communauté sont demeurés biens du mari. Alors, la femme reprend comme propriétaire ses biens propres qui existent en nature et ceux qui ont été acquis en remploi fait et accepté au cours de mariage ; et c'est seulement comme créancière du mari qu'elle agit pour les propres aliénés sans remploi et pour ses autres indemnités. Rien de plus certain : sa renonciation l'a dépouillée de tout droit de domaine ; elle n'est que créancière du mari : donc, le donataire des immeubles de la femme predécédée, mais dont les représentants auront renoncé à la communauté, a droit aux immeubles repris en nature (art. 1493, 1°) ; mais le donataire des meubles a droit aux reprises de la seconde et de la troisième classe, même quand le mari n'aurait que des immeubles : car il n'est débiteur que d'une somme ; il peut emprunter et payer en deniers : et s'il offre des immeubles pour se libérer, il n'y est pas tenu, et fait une dation en payement.

J'exclurai encore de la discussion le cas où la femme qui a accepté la communauté n'y trouve pas de quoi satisfaire à toutes ses reprises, et se voit forcée d'exercer le surplus de ses reprises sur les biens personnels de son mari. Alors, et pour tout ce qui excède les forces de la communauté, la femme est simple créancière, le mari véritable débiteur ; et par une conséquence nécessaire, il n'y a pas droit de propriété pour la femme sur les biens personnels du mari. Supposons la femme morte la première : son droit pour les reprises excédant les biens acquis au cours de la communauté sera nécessairement mobilier, et appartiendra à ses successeurs aux biens mobiliers.

Je résume ces exclusions afin d'éviter toute confusion d'idées dans l'examen de la difficulté. Tous les prélèvements en nature se font à titre de propriété, soit par le mari, soit par la femme même renonçante. Quant aux reprises exercées pour aliénations de biens sans remploi ou pour indemnités dues par la communauté, elles constituent toujours une simple créance pour la femme renonçante ; elles constituent aussi et nécessairement un simple droit de créance, même à l'égard de la femme qui a accepté, pour toute la partie de ces reprises que l'insuffisance des biens acquis en communauté fait tomber sur les biens personnels du mari.

Mais, à mon sens, il n'en est pas de même quant aux reprises que la femme, demeurée commune par son acceptation, exerce sur les biens acquis durant la communauté, à raison du prix de ses immeubles aliénés sans remploi et des indemnités que la communauté lui doit ; il n'en est pas de même non plus quant aux reprises faites par le mari pour les mêmes causes après que la femme a exercé les siennes. Ce qu'ils prennent ainsi sur les biens acquis durant la communauté, ils ne le prennent pas à titre de payement ; ils le retirent d'une masse commune, comme respectivement propriétaires par l'effet du contrat des biens que la liquidation leur attribue. Par conséquent, les reprises appartiendront, dans ces deux cas, au légataire des meubles ou au légataire des immeubles, selon la nature des biens que l'ordre prescrit par les articles 1471 et 1472 aura fait tomber dans le lot de l'époux décédé.

Je sais que cette opinion est contraire aux idées généralement reçues ; que, dans la pratique, on regarde aussi les prélèvements dans ces deux cas comme une dation en payement, et qu'on les attribue indistinctement au donataire des meubles. Je sais encore que la question est obscurcie par les souvenirs de l'ancien droit, bien plus différent des règles du Code civil qu'on ne le croit communément. Mais à quoi serviraient les études sur le droit, si ce n'était à combattre les erreurs de la pratique et à en triompher ?

Pour bien entendre la difficulté et apprécier la solution, il faut se reporter à l'ancien droit, examiner les causes qui, sous les

coutumes, ont amené une jurisprudence contraire, voir si ces causes existent encore, et si les principes généraux du Code civil et les textes spéciaux ne doivent pas dicter une solution opposée.

L'un des fondements de notre ancienne législation civile était la division des biens d'une succession en *propres* et en *acquêts*. Cette division n'est pas aussi arbitraire qu'on le pense communément; et quoique attribuée à nos anciennes mœurs, je crois qu'elle tient à la nature des choses, au désir de fonder pour la postérité, à l'amour de la famille. Ce n'est pas là une institution féodale; c'est le résultat de nos mœurs générales, et ces mœurs subsistent encore à côté des lois dans les âmes bien faites. Que portaient en ce point les coutumes? Elles permettaient à chacun de faire tout acte de commerce utile sur les biens qu'il possédait, sans distinction d'origine; mais le pouvoir du maître s'arrêtait après les actes à titre onéreux. Quand il s'agissait de libéralités, la probité coutumière lui criait : « Donne, si tu le veux, les biens que tu as » conquis par tes travaux personnels, sois maître de tes acquêts; » mais les biens transmis par la famille, ceux que tes ancêtres » ont amassés pour leur descendance, respecte-les. C'est assez » pour toi de pouvoir les vendre et les appliquer à tes be- » soins : ne les donne pas; les mœurs publiques s'y opposent; » la morale s'y oppose aussi; laisse à la famille ce que tu as reçu » d'elle et pour elle. »

Les *propres* furent dans le principe tous les biens *immeubles* advenus par succession; ils s'accrurent des immeubles fictifs, tels que les rentes foncières, les rentes constituées, les contrats pignoratifs dans les lieux où ils étaient en usage, et les offices transmis à l'héritier; car nous autres Français, nous avons toujours poussé à l'excès toutes les bonnes choses, au point de les rendre mauvaises et de nous mettre dans la nécessité de les détruire : on alla jusqu'à inventer les *propres conventionnels*.

Les *acquêts* étaient proprement les biens dus au travail de chacun, et ceux qui lui advenaient ou par donation ou par bonne fortune; on y comprenait aussi les meubles advenus par succession. Les meubles avaient peu d'importance, surtout depuis l'invention des immeubles fictifs.

Les propres étaient toujours composés d'immeubles ou de

meubles immobilisés; les acquêts pouvaient renfermer des immeubles achetés par le défunt, mais les meubles en formaient pour ainsi dire la base. De là vint en pays coutumier une confusion de langage qu'il faut connaître pour apprécier la portée des anciens arrêts. L'héritier des propres s'appela l'héritier des immeubles, quoiqu'il ne succédât point aux acquêts immeubles; l'héritier des acquêts s'appela l'héritier aux meubles, quoique certains immeubles lui fussent dévolus.

Cette confusion n'existait pas dans les pays de droit écrit; elle ne régna qu'en pays de coutume, où l'héritier des meubles était qualifié tel par opposition à l'héritier des propres.

Je passe à une seconde observation. Le système des propres de succession fit inventer les propres de communauté. Le même mot se prenait donc en deux sens . principalement, pour les héritages advenus de la succession de nos ancêtres; puis, par imitation, pour tous les biens qui ne tombaient pas dans la communauté conjugale et demeuraient personnels à chacun des époux, quoiqu'à l'égard de sa succession ces biens fussent au nombre des acquêts. D'ailleurs un propre de succession était toujours propre de communauté, tandis que le propre de communauté n'était pas toujours propre de succession.

Les coutumes ne se sont pas formées d'un seul jet : dans le principe, l'aliénation des propres de communauté ne donnait ouverture à aucun droit personnel pour l'époux qui y avait consenti sans condition ; il avait ainsi augmenté la masse partageable, et n'avait pas de reprises à faire.

Mais cela était contraire aux règles qui défendaient aux époux de s'avantager; c'était contraire encore aux intérêts de la femme, que l'ascendant marital pouvait dépouiller de ses biens. Les stipulations des contrats de mariage vinrent ajouter aux coutumes, en imposant au mari l'obligation de faire remploi des biens aliénés, et les arrêts complétèrent cette œuvre, même avant la réformation des coutumes, en accordant à la femme son remploi en l'absence de stipulation, et en le refusant au mari. Enfin, à la réformation de la coutume de Paris en 1580, la reprise fut accordée à l'un et à l'autre par le nouvel article 232, même à défaut de stipulation de remploi dans le contrat de mariage ou dans

l'acte d'aliénation : « Si durant le mariage est vendu aucun héri-
» tage ou rente propre appartenant à l'un ou à l'autre des époux,
» ou si ladite rente est rachetée, le prix de la vente ou rachat est
» repris sur les biens de la communauté, au profit de celui au-
» quel appartenait l'héritage ou rente, encore qu'en vendant
» n'eût été convenu du remploi ou récompense, et qu'il n'y ait
» eu aucune déclaration sur ce fait. »

Le principe de la reprise étant une fois écrit dans la coutume, s'éleva la question de savoir si cette reprise était mobilière ou immobilière.

On peut recourir aux arrêtistes anciens pour y voir que cette question a été vivement controversée. L'opinion générale attribuait pourtant aux reprises à faire par l'un des époux (autres que les reprises en nature ou en remplois réguliers) la nature mobilière, même quand il en était rempli en immeubles; et par conséquent ces reprises appartenaient à l'héritier des meubles. C'était là, malgré les controverses qui s'élevaient de temps à autre, la doctrine de Ricard, de Renusson, de Lebrun et de Pothier.

En effet, en matière de communauté, l'acceptation expresse ou tacite de la femme, remontant au jour de la dissolution, était *attributive* pour chacun des époux *de moitié* dans chacun des effets (mobiliers ou immobiliers) de la communauté, sous la charge personnelle de payer la moitié des dettes. Ce n'était pas, comme sous le Code civil, par la liquidation ni par un effet rétroactif et déclaratif qu'on connaissait ce qui appartenait à chaque époux. L'acceptation de la femme réalisait l'espérance qu'elle avait eue pendant le mariage d'être propriétaire de la moitié de chaque conquêt, et elle avait ce *droit de moitié* dans chacun des conquêts appartenant à la communauté au jour de sa dissolution.

Les textes de la coutume de Paris le prouvent : Art. 220. « Homme et femme conjoints ensemble par mariage sont
» communs en biens meubles et conquêts immeubles faits du-
» rant et constant ledit mariage..... » Et aussitôt après, art. 221 :
« Et *aussi* la femme est tenue, après le trépas de son mari, payer
» la moitié des dettes mobilières faites et accrues par ledit
» mari....., et ce jusqu'à concurrence de la communauté. » Ce

mot *aussi* de l'article 221 prouve bien que la femme avait la propriété par moitié de chaque conquêt, et qu'en payant la moitié des dettes elle se conservait la moitié de chaque corps certain.

L'article 229 est encore plus formel : « *Après le trépas* de » l'un des conjoints, *les biens* de ladite communauté *se divisent* » en telle manière que *la moitié* en *appartient* au survivant, et » *l'autre moitié* aux héritiers du trépassé. » Ainsi, c'était la loi municipale qui opérait *division* et *attribution* entre le survivant et les héritiers du défunt.

Pourquoi, contrairement au droit commun de la France, selon lequel c'était l'effet déclaratif et rétroactif des partages qui déterminait quels effets avaient appartenu à chaque héritier au moment de l'ouverture de la succession, pourquoi s'opérait-il donc une *division* et une *attribution* légale *de moitié* de chaque effet de la communauté à l'instant *du trépas* de l'un des conjoints?

L'article 230 nous l'enseigne ; en voici le texte : « ..... *laquelle* » *moitié* de conquêts advenus aux héritiers du trépassé est le » PROPRE HÉRITAGE desdits héritiers. »

Ainsi, le système des propres de communauté avait été mis en harmonie avec le système des propres de succession. Les mœurs voulaient que les immeubles fussent conservés dans les familles. *Les conquêts* immeubles de communauté étaient *acquêts* dans la main des époux, mais ils devenaient *propres de succession* dans celles de leurs héritiers. Or comme il fallait déterminer, non pas pour le défunt, mais pour ses héritiers, la *qualité* des biens qui leur adviendraient *dès l'instant même* de l'ouverture de la succession de celui qui les leur transmettait, la loi municipale avait *divisé de plein droit* en deux parties égales les conquêts de communauté, déterminé quelle portion dans leur propriété reposerait sur la tête des héritiers au moment de la mort du prédécédé, et *sortirait* entre leurs mains *nature de propre* du côté et ligne du défunt : et cette propriété *de moitié* dans chaque corps certain était tellement fixe que, si les héritiers du trépassé venaient à mourir eux-mêmes avant d'avoir appréhendé la succession du prédécédé ou sa part et ses droits dans la communauté, ils transmettaient leur droit à la moitié de chaque immeuble conquêt de la communauté de leur auteur, non

à *leur* héritier *des acquêts*, mais à *leur* héritier *des propres*. La suite de l'article 230 le prouve : « TELLEMENT QUE *si lesdits héritiers vont de vie à trépas sans hoirs de leur corps, icelle* MOITIÉ *retourne à leur plus prochain héritier* DU CÔTÉ ET LIGNE DE CELUI DESDITS MARIÉS *par le trépas duquel est advenue ladite moitié.* »

Cette législation bien connue, il est facile de pénétrer dans l'esprit de l'ancienne jurisprudence.

Puisque chacun avait sa moitié certaine, quoique indivise, dans chaque conquêt de communauté, son droit de propriété était déterminé avant tout compte, liquidation et partage.

Puisque le droit de propriété de chaque époux était déterminé à la moitié de chaque conquêt immeuble, avant tout compte, liquidation et partage, il s'ensuivait comme conséquence directe que le mari, en employant ses propres deniers à acquérir des immeubles, avait acquis ces immeubles *moitié* pour lui, *moitié* pour sa femme, si celle-ci venait un jour à accepter la communauté.

Puisque l'acceptation de la communauté par la femme conférait à celle-ci la moitié de chaque immeuble, il suivait que, par l'effet de l'accomplissement de cette condition, sous laquelle ils étaient uns et communs en chaque conquêt, le mari n'était, quant à ses deniers propres par lui employés pour l'acquisition, qu'un *negotiorum gestor* relativement à la moitié achetée *re ipsâ* pour le compte de sa femme.

Que s'il n'était qu'un *negotiorum gestor* relativement à chaque moitié d'immeuble qui se trouvait acquise pour le compte de la femme acceptant la communauté, et si les valeurs mobilières de la communauté n'étaient pas assez abondantes pour qu'il y pût retrouver ce qu'il avait déboursé, il n'avait pourtant pas, sur la moitié appartenant à sa femme dans les conquêts, un principe de propriété ni de revendication; il avait au plus un droit de rétention jusqu'à payement.

Et de conséquence en conséquence, on arrivait à dire que les reprises du mari étaient une créance, au moins pour la partie qui avait servi à acquérir la part de sa femme ; que la femme ou ses héritiers étaient libres de payer cette créance en argent et de

garder leur part d'immeubles ; et que si, par arrangement et pour éviter les ventes, des immeubles étaient abandonnés à l'un des époux pour balancer les reprises qu'il avait à exercer, c'était là, *non pas un résultat légal*, puisque aucune loi n'y contraignait, *mais un résultat conventionnel*, lequel acquittait la dette contractée envers le mari par une sorte de dation en payement faite à l'aide d'un bien appartenant pour moitié à la femme.

Et cela paraissait vrai sous un régime où l'on interrogeait sans cesse l'*origine* des biens pour en régler la dévolution, où l'on demandait dans les successions si les biens avaient été transmis par une génération précédente, et dans les communautés si les biens avaient été acquis pour faire participer chaque époux à leur propriété.

Cependant cette doctrine ne régnait pas sans trouble. Pothier, qui la regardait comme incontestable, atteste lui-même qu'à la fin de sa carrière les idées générales des jurisconsultes tendaient à assimiler dans leurs effets les prélèvements de communauté aux partages dans les successions. En examinant une question analogue dans son *Traité des successions*, publié en 1777 après sa mort, il dit, p. 563 de l'édition in-12 : « Néanmoins, plu-
» sieurs *pensent aujourd'hui* que l'héritier aux propres ne doit
» pas être tenu des reprises que le survivant des époux peut avoir
» à exercer sur la communauté. *Ces reprises*, que le survivant a
» droit d'exercer, *leur paraissent* devoir être regardées MOINS
» *comme une créance* que *comme donnant* à celui qui les a UN
» DROIT PLUS FORT *dans la communauté....., lequel diminue*
» D'AUTANT celui de l'autre conjoint qui n'en a pas de pareilles
» à exercer, et qu'en conséquence la succession du prédécédé
» *ne doit pas* être regardée *comme débitrice* des reprises du sur-
» vivant, mais plutôt *comme n'ayant jamais été propriétaire*
» d'autres choses dans les biens de la communauté *que de celles*
» *qui lui sont échues après les prélèvements* faits au profit du
» survivant, *le surplus* des biens de la communauté *étant censé*
» avoir appartenu *toujours* au survivant qui avait des reprises à
» exercer ; que *c'est une suite de l'effet* DÉCLARATIF ET RÉTRO-
» ACTIF *que notre jurisprudence* DONNE AUX PARTAGES. »

Ainsi, sous le droit coutumier, les reprises étaient mobilières

et appartenaient à l'héritier des acquêts, et telle était l'opinion des auteurs les plus estimés.

Mais la controverse n'avait pas cessé; les opinions étaient divisées, et Pothier constate que deux systèmes concouraient, malgré les doctrines professées dans ses traités précédents. *Selon les uns*, les reprises s'exerçaient à titre de créances; *selon les autres*, elles conféraient un droit réel, elles constituaient *un droit plus fort dans la communauté;* et quand elles plaçaient des immeubles dans le lot de l'un des époux, ces immeubles étaient censés *lui avoir* TOUJOURS *appartenu* par l'effet *déclaratif et rétroactif* des partages.

Ces deux systèmes étaient connus des auteurs du Code civil. Lequel ont-ils adopté?

Remarquons d'abord que, dès l'an II, le système de la succession des propres était aboli, et que le Code civil a persisté dans cette abolition : « La loi ne considère ni la nature ni l'origine » des biens pour en régler la succession. » (C. civ., art. 732.) Ce changement, si important dans les successions légitimes, devait influer puissamment sur les lois futures relatives aux communautés de biens. Puisque les héritiers du survivant n'avaient plus l'obligation de transmettre, comme *propre héritage*, à leur plus proche parent *du côté et ligne du défunt* les immeubles conquêts de la communauté de leur auteur, la loi (art. 230 de la coutume) qui divisait ces conquêts en deux parts égales au trépas de l'un des époux, devenait une loi *superflue*.

En second lieu, et par une conséquence nécessaire de l'abrogation des propres de succession, les lois sur la communauté pouvaient être ramenées facilement aux lois communes des successions et des indivisions sur l'effet déclaratif et rétroactif des partages. La législation tendait non-seulement à l'unité territoriale; elle allait tendre encore à l'unité des principes et à la simplification des idées. Donc, il serait désormais contraire à l'esprit nouveau d'unité et de simplicité de la législation, que, d'un côté, les partages de succession eussent un effet déclaratif et rétroactif, et que, d'un autre côté, contrairement à ces principes, l'acceptation faite par la femme d'une communauté entre époux fixât sur sa tête, à l'instant de la mort du mari, la moitié de chacun des im-

meubles et la rendît propriétaire de cette moitié. Ce seraient là deux principes différents, deux idées contradictoires qui s'entre-choqueraient.

En troisième lieu, et au-dessus des principes du *contrat de communauté*, le Code devait établir et a établi en effet des *règles générales* pour les obligations conventionnelles. « Les contrats, » soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en » aient pas, sont soumis, dit l'article 1107, à des règles géné- » rales qui sont l'objet du titre des *Contrats ou obligations con-* » *ventionnelles*. » Or une règle du droit moderne, dérogatoire encore à l'ancien droit, c'est que la propriété des biens s'acquiert *par l'effet des obligations* (C. civ., art. 711) et surtout la propriété des immeubles. Il n'est plus besoin de tradition. Sous l'ancien droit, les contrats étaient une cause, un titre d'acquisition, mais l'acquisition n'était parfaite que par la mise en possession ; sous le droit nouveau, ils transfèrent le domaine de propriété immobilière; ils produisent l'acquisition.

C'est sous l'influence de ces idées générales qu'ont été rédigés le titre *du Contrat de mariage* et le chapitre *du régime en communauté* au Code civil.

La section V (*du Partage de la communauté après l'acceptation*) est celle qui régit la matière.

Dès la première rédaction (*Projet de la commission du Code civil*, liv. III, tit. 10, art. 84 et suiv.), les commissaires ont rejeté le système de la coutume qui accordait à chaque époux un droit indivis par moitié dans chaque effet acquis pendant la communauté; la suite des articles le prouve. Comme dans le Code civil même, masse générale de tous les biens, même de ceux appartenant aux époux (*Projet*, art. 84 et 85; C. civil, art. 1468 et 1469); prélèvements à faire par eux de ce qui leur appartient sur la masse générale (*Projet*, art. 86; C. civil, art. 1470); fixation de l'ordre dans lequel doivent s'opérer les prélèvements, et biens sur lesquels ils doivent s'opérer (*Projet*, art. 87 et 88; C. civ., art. 1471 et 1472); partage par moitié *du surplus* (*Projet*, art. 90; C. civ., art. 1474), et assimilation aux effets du partage des successions (*Projet*, art. 92; C. civ., art. 1476): évidemment, c'était là retourner à cet effet déclaratif et rétroactif

qui suppose que ce que chaque époux obtient par ses prélèvements lui a toujours appartenu.

Cependant, dans le projet de la commission, la section commençait par un article 83, qui pouvait, en subsistant, laisser un doute. En voici le texte : « *L'acceptation* de la communauté qui » est faite par la *femme* ou *par ses héritiers* LEUR DONNE DROIT *à* » *la moitié de l'actif de la communauté*, et les soumet au paye- » ment de toutes les dettes communes, aussi par moitié ; » et ce texte n'était lui-même que l'abrégé du n° 548 du traité *de la Communauté*, de Pothier : « L'acceptation que la femme ou ses » héritiers font de la communauté a un effet rétroactif *au temps* » *de la dissolution de la communauté*. La femme ou ses héritiers » sont réputés en conséquence propriétaires *pour une moitié par* » *indivis* de tous les biens dont la communauté s'est retrouvée » alors composée..... Par cette acceptation, ils deviennent débi- » teurs, pour la part qu'ils ont dans la communauté, de toutes les » dettes de la communauté. »

Cet article 83 supposait donc une copropriété dans chaque effet, et une copropriété de moitié, fixée au jour de la dissolution et indépendamment du partage.

Il était donc conforme à la coutume de Paris, et contraire au système de l'article 90 du projet, aujourd'hui 1474 du Code civil, qui ne partageait plus entre les époux les biens dont la communauté se trouvait composée au temps de la dissolution, mais qui bornait la copropriété (à la charge du payement des dettes par moitié) *au surplus* des biens après prélèvements opérés de part et d'autre sur la masse générale.

Aussi la section de législation s'aperçut de cette antinomie ; et quand elle présenta son projet au conseil d'État à la séance du 6 vendémiaire an XII, elle avait remplacé cet article 83 par un article 78 (aujourd'hui 1467 du Code civil) : « Après l'accepta- » tion de la communauté par la femme ou ses héritiers, l'actif se » partage et le passif est supporté de la manière ci-après déter- » minée. » Ce qui renvoie purement et simplement aux articles suivants, et rejette la doctrine, que la femme ait une *moitié* dans chaque effet de la communauté existant au temps de la dissolution.

Or, maintenant qu'il est certain, par cet examen de l'ancienne loi et de la formation de la loi nouvelle, que les principes de la coutume sur la copropriété des époux dans chaque effet acquis en communauté, tenaient à la nécessité de régler la succession aux propres pour la famille collatérale des héritiers du premier époux trépassé ; que, les propres étant abrogés, cette nécessité n'existe plus ;

Que, malgré cette nécessité, les opinions étaient controversées sous l'ancien droit ; que Pothier lui-même atteste cette controverse, et qu'elle a été nécessairement connue des rédacteurs du Code civil, tous imbus des doctrines de Pothier dont ils ne s'écartaient que par nécessité ;

Maintenant, enfin, qu'il est certain que la section « *du Partage de la communauté après l'acceptation*, » n'a été soumise au conseil d'État et à la sanction du Corps législatif, qu'après *retranchement* d'un article *préliminaire* rappelant, par ses termes, les principes de la coutume sur la copropriété des époux dans chaque effet acquis en communauté, et opposé à un article subséquent, l'examen de la difficulté sous le Code civil devient plus facile. Il faut la séparer entièrement de l'ancienne jurisprudence.

Ma proposition est donc (car il est bon de la rappeler après une si longue excursion faite dans l'ancien droit et dans les travaux préparatoires du Code civil) que les reprises à faire par le mari ou par la femme commune, sur les biens acquis en communauté sous le Code civil, sont mobilières s'il y a des deniers comptants ou des meubles pour les fournir ; immobilières, s'il n'y a que des immeubles ; en partie mobilières, en partie immobilières, pour celui des époux qui sera rempli de son droit en meubles et en immeubles, et qu'en conséquence ces reprises appartiendront au légataire des meubles ou au légataire des immeubles de l'époux prédécédé, selon l'événement du règlement de liquidation. Aux termes des articles 1470, 1471, 1472 et 1474 du Code civil, la femme d'abord, le mari ensuite, exécutent leurs prélèvements sur les biens de la communauté à titre de propriété, et non pas à titre de créance comme sous l'ancien droit.

Quoique le mari soit le dernier dans l'ordre de la loi, je m'occuperai d'abord de lui, parce que la proposition est plus évidente encore à son égard qu'à l'égard de la femme.

En effet, sous notre droit actuel, la propriété s'acquiert par l'*effet* des obligations. Or un des effets du *Contrat de communauté entre époux*, c'est d'attribuer au mari, après prélèvement des reprises de la femme, les biens acquis pendant la communauté jusqu'à concurrence des siennes; et ce n'est qu'ensuite, et s'il reste des biens, qu'il s'opérera une division. Donc, si après les prélèvements de la femme, opérés en meubles, comme le veut la loi, il reste assez de meubles pour les prélèvements du mari, la succession du mari recueillera des meubles, et les immeubles resteront pour former la communauté partageable entre les époux à la charge des dettes; mais si les meubles et immeubles restant après les prélèvements de la femme ne suffisent pas aux prélèvements du mari, la succession du mari recueillera d'abord les meubles, ensuite les immeubles jusqu'à concurrence des reprises, par un effet direct du contrat de communauté exprimé dans l'article 1472, et censé écrit dans l'acte même d'après la maxime : *In contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt legis*..., reproduite dans l'article 1135 du Code civil, sous la rubrique *De l'effet des obligations* : « Les conventions obligent non-» seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les » suites que l'équité, l'usage et la loi donnent à l'obligation » d'après sa nature. »

Car, puisque la coutume de Paris est abrogée, puisque nous n'avons plus de système de propres de succession qui nécessite à la dissolution de la communauté l'établissement d'une division de plein droit de chaque effet moitié par moitié, puisqu'il n'y aura de divisible que ce qui restera après les prélèvements, suivant l'article 1474; puisque le mari est tenu de prendre ce qui se trouve, les meubles épuisés, il faut convenir que les immeubles qui adviennent au mari par l'effet de la loi sur le mode nécessaire de l'exécution de ses reprises, sont nécessairement sa propriété, et qu'ils le sont par l'effet légal du contrat de communauté de biens qu'il a formé; qu'en conséquence l'article 711, qui confère la *propriété* et en produit l'acquisition par l'*effet des*

obligations, placé dans les *dispositions générales* du troisième livre du Code civil, étend aussi bien sa puissance sur le *contrat de communauté entre époux* que sur le contrat de vente ou sur tout autre contrat transmissif de propriété immobilière.

Et puisque le mari a, durant le mariage, acquis ces immeubles en son nom, et dans l'intention évidente de devenir propriétaire d'immeubles, de changer la nature de son patrimoine, et d'acquérir un patrimoine immobilier, de mobilier qu'il était auparavant, comment penser que ces maisons, ces terres, acquises de ses deniers, sont devenues meubles à son égard? Son droit à la copropriété des immeubles ne peut s'effacer en totalité ou en partie que dans deux cas : *en totalité*, si les immeubles acquis durant le mariage sont nécessaires, après épuisement du mobilier, pour combler les prélèvements de la femme (art. 1471); *en partie*, si la communauté est assez riche en mobilier pour éteindre les prélèvements des deux époux : alors les immeubles forment ce *surplus* dont parle l'article 1474, et dont les époux sont chacun propriétaires pour moitié à la charge des dettes. Mais la propriété demeure au mari dans deux cas : 1° si la femme renonce à la communauté; 2° si les immeubles sont atteints par ses prélèvements à défaut ou après épuisement du mobilier. Dans le premier cas, aucun doute ne peut s'élever, parce que la renonciation fait évanouir toute espérance de la femme à une communauté qui n'a jamais existé; dans le second cas, il n'y a pas plus de raison de douter, quoique l'acceptation ait rendu la femme commune, parce qu'elle n'a jamais eu la copropriété des biens qui appartiennent à son mari pour ses prélèvements, et qu'ils demeurent à celui-ci par l'événement de la condition légale, qui, en excluant ces biens de la masse partageable, les attribue par là même au mari du jour où il les a acquis, conformément à l'article 1181 *in fine* du Code civil, ou du moins du jour de la dissolution de la communauté, conformément aux articles 1476 et 883 du même Code.

Par une conséquence ultérieure, dès que *par l'effet* du contrat de communauté formé lors du mariage, *par l'effet* de la loi qui attribue à l'époux les immeubles ou partie des immeubles acquis pendant la communauté, jusqu'à concurrence de ses re-

prises, et *par l'effet* de l'événement, qui, donnant ouverture à la condition, place ces immeubles dans le domaine du mari (ce que prouvent les opérations de compte et liquidation) le mari exerce ces prélèvements à titre de propriété et par une sorte de revendication. *il s'en trouve saisi* à l'instant de la dissolution de la communauté.

Et comment ne le serait-il pas?

Il était saisi pendant le mariage; mais son droit était éventuel. Si les compte et liquidation eussent dû fournir les prélèvements en meubles, les immeubles auraient été déterminés n'être qu'une propriété commune. Au contraire, les compte et liquidation démontrent que ces immeubles représentent, dans l'ordre de la loi, les valeurs que le mari a aliénées pour devenir propriétaire d'immeubles : donc il demeure *saisi* de ces immeubles, non-seulement comme auparavant, mais de plus par la volonté de la loi qui règle l'effet du contrat; donc il est propriétaire, donc il reprend sa chose, et sa chose seulement.

Or reprendre notre propre chose, et la reprendre de plein droit, qu'est-ce donc, si ce n'est exercer une revendication, agir ou exécuter en vertu du *jus in re!*

C'est là ce qui constitue vraiment les actions immobilières : « *Sont immeubles*, par l'objet auquel ils s'appliquent, ... les ac- » tions *qui tendent à* REVENDIQUER *un immeuble.* » (Code civil, art. 526.)

Toutes les fois que le demandeur n'a droit qu'à un corps certain, que la loi ou la convention lui adjuge, soit purement et simplement, soit par l'effet d'une condition, sa demande est mobilière si ce corps certain est mobilier, elle est immobilière si les corps certains qui lui doivent advenir par l'effet de sa demande sont immobiliers : *actio mobilis quæ tendit ad mobile; immobilis quæ tendit ad immobile.* Et quand la demande a pour objet à la fois des corps certains mobiliers et des corps certains immobiliers, elle est *mobilière* pour une partie, *immobilière* pour le surplus.

Donc, quand, après les prélèvements de la femme, le mari exécute ses prélèvements sur la masse générale, composée partie

de meubles, partie d'immeubles, son droit est un droit réel *mobilier* pour la *portion de meubles* qui lui advient, et un droit rée *immobilier* pour les *immeubles* qui lui sont attribués.

Ce que je viens de dire des prélèvements du mari, il faut le dire également des prélèvements de la femme.

C'est aussi par l'effet du contrat qu'en remplacement des indemnités qui lui sont dues, elle se trouve propriétaire : 1° de l'argent comptant; 2° des meubles suivant la prisée; 3° et subsidiairement d'immeubles à son choix suivant l'expertise, jusqu'à concurrence de son droit fixé par la liquidation : car revendiquer un meuble comme sien dans une universalité de meubles, c'est exercer une action réelle mobilière, comme la revendication d'un immeuble à choisir parmi d'autres immeubles est une action immobilière.

A ce système que répond-on ?

D'abord on invoque l'u-age et la pratique notariale.

Dans tous les changements de législation, les idées anciennes survivent longtemps aux changements législatifs : tous les esprits des hommes d'affaires, notaires, avoués, avocats, étaient rompus aux règles de liquidation des communautés coutumières : ils les ont suivies dans leurs travaux : et comment en aurait-il été autrement? Sur une foule de points, la communauté du Code ressemble à celle de la coutume : d'ailleurs, le Code n'a encore que quarante années d'existence, et la plus grande partie des liquidations faites pendant les trente premières années ont eu lieu sur des contrats de mariage passés sous l'empire de la coutume. Ainsi, d'un côté, l'application du Code civil aux liquidations de communautés nées sous son empire, et sans mélange des idées de l'ancien droit, est récent, et n'a pu jusqu'à présent fonder une jurisprudence; et, d'un autre côté, la commodité de suivre des idées toutes faites et enracinées par l'habitude, a conduit les gens d'affaires à se régler pour les prélèvements à faire sous le Code, de la même manière qu'ils se réglaient sous la coutume. Si leur usage est vicieux, s'il est contraire au Code civil, il le faut réformer.

En second lieu, on prétend que l'action du mari ou de la femme ne tend pas principalement à obtenir soit un meuble,

soit un immeuble, mais uniquement à obtenir de la communauté le payement d'une créance mobilière : or, dit-on, la communauté paye avec ce qu'elle possède.

Ne nous y trompons pas, on abuse souvent en jurisprudence des fictions de droit.

La communauté est considérée comme un être moral distinct de la personne des époux, comptable envers eux comme ils sont comptables envers elle; mais il n'en faut pas induire que les héritiers du survivant, en exerçant les reprises de leur auteur, agissent contre la communauté en payement d'une créance.

Ce serait là une idée inexacte sous un double rapport.

Elle serait inexacte sous le rapport d'une action contre la communauté : la communauté n'existe plus du jour de sa dissolution; elle n'est plus capable d'acquérir, de perdre, de soutenir un procès; elle n'a pas laissé des héritiers et successeurs; elle a seulement produit des droits pour le défunt et pour le survivant, droits fixés au jour de sa dissolution, et qu'il faut régler. Qu'on regarde la communauté comme un être moral et fictif, qui a ses droits distincts, nous l'accordons; mais cet être moral, nécessaire à l'établissement des comptes respectifs pendant le mariage, a cessé d'exister quand le mariage s'est dissous; l'exercice des reprises ne sera donc pas un procès contre une communauté qui n'existe plus; ce sera un procès contre le survivant pour faire déclarer que tout ou partie des immeubles appartient à titre de prélèvements à la succession du prédécédé : les opérations de compte de communauté ne seront *qu'un moyen* et une preuve.

La même idée serait encore inexacte sous le rapport d'une action en payement de créance.

A l'instant où la communauté se dissout, tous les droits se trouvent fixés : il faut des opérations pour les connaître; mais le résultat de ces opérations est de déclarer ce qui appartenait à chacun au jour de la dissolution.

Que pendant l'existence de la communauté, les époux soient créanciers ou débiteurs envers elle, on le comprend : elle existe civilement.

Que pour faire le compte de communauté et chercher à connaître les droits de chaque époux, on constitue les époux

créanciers ou débiteurs, on le comprend encore, car le compte dure pendant toute l'existence de la communauté.

Mais quand la communauté se dissout, quand elle est éteinte, les époux dont la communauté cesse n'ont pas d'action à exercer contre elle; ils n'ont qu'à reprendre chacun, sur la masse des biens et dans l'ordre prescrit par la loi, l'*équivalent* de ce qu'ils ont personnellement dépensé, et ils le reprennent comme chose leur appartenant, comme chose attribuée par la loi et par l'effet du contrat à la femme en premier lieu, puis au mari après elle. Ce n'est plus un payement, c'est un prélèvement effectué à titre de propriétaire; et si pendant la communauté les biens appartiennent conjointement aux deux époux, il faut dire qu'à l'instant de sa dissolution, tout ce qui fait l'objet des prélèvements appartient à chacun d'eux à titre de propriété, comme ce qui reste après les prélèvements leur appartient par indivis.

Tâchons de compléter cette notion abstraite.

La communauté a deux époques : une durée et une fin.

Pendant sa durée, les biens sont communs.

Pendant sa durée, les époux sont ou peuvent devenir créanciers ou débiteurs de la communauté.

C'est cette première époque, c'est la durée, que le compte à faire représente.

Pendant la durée de la communauté, toute action est, par la nature même des choses, interdite aux époux contre leur communauté; car le mari en a seul l'administration, et la femme ne peut qu'assister à cette administration, sans y prendre part et sans la critiquer.

De là naît plus tard la nécessité d'un compte où il faut bien présenter les époux, soit comme créanciers, soit comme débiteurs de l'être moral, pour établir en définitive le chiffre des réclamations qu'ils auront à exercer à la dissolution, non contre l'être moral, qui n'existera plus alors, mais sur les biens dont l'être moral est censé propriétaire pendant la durée de la communauté.

Et bien qu'on fasse ce compte après la dissolution, il est et doit être le même que s'il avait été possible au mari, administra-

teur de la communauté, de le dresser jour par jour, et de le clore au dernier moment.

Mais la fin de la communauté arrive. C'est la seconde époque.

Dès ce moment l'être moral cesse d'exister.

La communauté est un *être moral* pour tout le temps qui a précédé sa dissolution, et cette existence métaphysique sert à régler tout ce qui s'est passé dans cet intervalle et à arriver à un résultat définitif; mais, pour le temps postérieur à son existence, la communauté n'est ni un être moral ni un être réel : elle n'est plus.

Dès qu'elle n'est plus, elle ne peut plus être propriétaire.

Dès qu'elle n'est plus, les biens qu'on appelait *biens de la communauté* pendant son existence ne méritent plus ce nom que pour rappeler leur origine et leur destination : la communauté cesse d'en être propriétaire.

Qui donc en sera propriétaire? Ce seront, d'une part, les héritiers du prédécédé, d'autre part le survivant, chacun selon les droits que le compte, liquidation et partage aura déterminés. S'ils en sont propriétaires, ce n'est donc pas un payement qu'ils recevront; c'est un droit de propriété qu'ils exerceront en faisant leurs prélèvements.

Ainsi l'époux décédé ne transmet pas à ses héritiers, comme on le dit dans la pratique, une action contre la communauté; il leur transmet les biens qu'il aurait trouvés dans la communauté si le compte et le règlement en avaient été faits au moment de la dissolution : c'est là ce qu'il a laissé dans la succession. Il n'a pas laissé une action contre un être qui n'existe plus; il a laissé des biens que le compte et le prélèvement faits à l'instant même de son décès manifesteront; il est mort *saisi* des biens auxquels il avait un droit acquis par le dernier état de la communauté, et par sa mort *il a saisi* ses héritiers de ce qu'il aurait trouvé s'il eût survécu.

Et quand il serait vrai que le prélèvement fût un payement véritable, l'action n'en serait pas moins immobilière : « Je prête » une somme à quelqu'un, à la charge de me la rendre au jour » de sa mort, en argent, s'il laisse des deniers comptants; et au » cas où il n'aurait pas au jour de sa mort, dans sa caisse, une

» somme suffisante pour payer sa dette, je stipule de lui que je » serai propriétaire de tel immeuble qui lui appartient. » Certes le débiteur a contracté envers moi une obligation alternative, d'une somme d'argent dans un cas, d'un immeuble dans l'autre. Or l'action en délivrance de l'immeuble et la prise de possession, quand il sera devenu certain qu'il n'existait pas de deniers en caisse chez mon débiteur au jour de sa mort, sera certainement *immobilière* : « Lorsque deux choses sont dues sous une alter- » native, dont l'une est meuble et l'autre immeuble, la qualité » de la créance est en suspens jusqu'au payement; elle est censée » avoir été immobilière, si c'est l'immeuble qui est payé. » (Pothier, *Communauté*, n° 74.)

N'oublions pas que l'ancien droit, en déclarant que les reprises, même immobilières, appartenaient toujours à l'héritier des meubles, prenait le mot *meubles* dans un sens spécial qui comprenait les acquêts immeubles; n'oublions pas qu'aujourd'hui on ne peut plus prendre ce mot dans ce sens; qu'en conséquence, il suffit que l'action en partage tende à faire mettre des immeubles dans le lot du défunt, pour qu'elle soit en elle-même une action dont la nature sera déterminée par l'événement du travail liquidatif.

COIN-DELISLE.

Étude historique et critique sur la transmission de la propriété par actes entre-vifs.—Transcription sous le Code civil et sous le Code de procédure.

Par M. HUREAUX, juge au tribunal civil de Charleville.

Cette étude se divisera en trois sections :

Dans la première, nous jetterons un coup d'œil général sur les législations antérieures au Code civil.

Dans la seconde, nous verrons le système de transmission sous ce Code.

Dans la troisième, nous nous occuperons de l'article 834 du Code de procédure.

Nous terminerons notre travail par un résumé de la question de transmission et par une conclusion tirée des principes précédemment exposés.

Section Ire. — *Coup d'œil historique sur la transmission de la propriété dans les législations anciennes.*

§ 1er. — Chez les Romains.

1. Les moyens de constituer le droit absolu de propriété garanti par l'action réelle ont été différents suivant les temps. C'est surtout dans l'histoire interne de la jurisprudence romaine qu'il faut voir le soin avec lequel cette base fondamentale de toute société avait été établie.

La mancipation, avec ses formes solennelles et l'assistance de cinq citoyens appelés à la mutation comme représentant le peuple entier : tel est le moyen éminemment civil d'acquérir et de transmettre la propriété du sol.

Viennent ensuite l'*in jure cessio*, l'*adjudicatio*, la *loi*, enfin la *tradition*, institution du droit des gens, qu'un droit civil jaloux ne tolère qu'avec de notables restrictions [1].

Tous ces moyens par lesquels on arrivait à constituer le *jus*

[1] Je ne m'occupe ici que des manières d'acquérir à titre singulier.

in re forment l'ensemble d'un système qui, il faut l'avouer, donne à la propriété une base inébranlable.

Mais à mesure qu'on avance dans l'histoire, les institutions se modifient. Le préteur d'abord, tout en paraissant respecter la loi civile, y porte les atteintes les plus graves. Le spiritualisme du Christ pénètre ensuite dans la législation. Les formes du droit civil sont abandonnées. Le domaine conserve bien son caractère absolu; mais son acquisition et sa translation se règlent par un système dans lequel la pensée, et par conséquent le vague et la confusion, commencent à dominer.

La distinction fondamentale des *acquisitiones civiles* et *naturales* disparaît. Il en est de même de la distinction des choses *mancipi* et *nec mancipi*, et la *tradition*, jugée d'abord insuffisante pour transférer le domaine du sol italique et des choses que la loi y assimile, devient la base du système. Le droit des gens absorbe le droit de la cité.

2. Sans doute la tradition apparaît tout d'abord comme le moyen le plus simple de commercer. Quoi de plus naturel, pour renoncer à ma propriété et en investir un autre, que de remettre la chose entre les mains de celui qui me succède? Mais ce moyen, suffisant en général pour la propriété mobilière qui n'a pas d'assiette fixe et pour laquelle la possession actuelle est tout, ce moyen, impossible même à remplacer dans les besoins journaliers de la vie, est insuffisant par lui-même pour constituer aux yeux de tous la propriété du sol de manière à éviter les surprises. Quelle sera l'époque précise où cette tradition, cette remise de la chose frappera le public, si elle ne s'annonce pas par quelque signe éclatant? La possession est quelque chose de matériel, dira-t-on; oui, sans doute. La possession est de nature à se révéler un jour; mais au moment où elle prend naissance, elle n'est pas encore publique, elle ne peut le devenir que par l'habitude qui est le produit du temps; et ce qu'il importe surtout de notifier à la société pour l'admettre comme partie au contrat, c'est l'instant précis où la remise translative aura lieu. Aussi le radicalisme de la révolution française ne pouvait-il accepter sans modification un système consacré, il est vrai, par les siècles, mais qui se ressentait de la confusion du Bas-Empire.

§ 2. — Tradition en France.

3. En France, la tradition forme, comme dans le dernier état du droit romain, la base du système de transmission. Les capitulaires de Charlemagne exigent une tradition légitime, c'est-à-dire remplissant les conditions voulues par la loi : « Si quis res » suas cuilibet tradere voluerit, legitimam traditionem facere » studeat[1]. »

Cette tradition légitime s'opère « per ostium de ipsâ casâ, per » ramum, per herbam, per cespitem, per festucam atque ande» lagum[2]. »

D'après les coutumes du moyen âge, la constitution du domaine se trouve liée au système des saisines, qui a son origine dans les institutions germaniques.

La puissance féodale intervient dans les transmissions. La tradition apparaît alors revêtue de formalités solennelles empreintes d'une énergie remarquable.

Sous ce système, les vendeurs et donateurs se dessaisissent des choses données entre les mains des seigneurs ou de leurs délégués. Ceux-ci saisissent, nantissent, investissent les donataires et acquéreurs par une possession qu'ils leur donnent au moyen de lettres expédiées pour cet objet.

La possession réelle d'un an et jour appuyée sur cette saisine légitime constitue le domaine d'une manière inébranlable, à tel point que le vendeur lui-même ne peut plus, le délai passé, réclamer légalement le prix de la chose vendue[3].

4. Cette institution se modifie ensuite, comme toutes les autres, à mesure que l'on s'éloigne des temps proprement dits féodaux.

[1] Ch. 19, liv. 4.

[2] *V.* les formules de Marculphe et surtout celles de Lindenbrog, chap. 152, 153, 154, 155, 156 (Baluze, t. II, p. 549, édition de 1677). — *V.* aussi Glossaire de Ducange, v° *Andelagus*. Le savant philologue n'est pas explicite sur cette expression; je n'en ai trouvé la signification nulle part.

[3] *V.* Beaumanoir, chap. 8—30, et surtout d'excellentes études historiques par Klimrath, édition de M. Warnkœnig, t. II, p. 339.—Aj. *Histoire du droit français*, par M. Laferrière, t. I, p. 133, n° 5. — Ce système des saisines est très-curieux à connaître; la nature de notre travail ne nous permet pas de l'exposer ici, mais le lecteur en aura une idée bien nette en consultant l'étude de Klimrath précitée.

Puis l'influence du droit romain du Bas-Empire, qui reprend tout à coup un nouvel éclat, d'abord en Italie, ensuite en France, se fait bientôt sentir. L'esprit empirique des glossateurs et surtout des bartholistes, qui s'occupent spécialement de la pratique, fait irruption dans le droit national. La révision des coutumes se ressent de l'élément romain tel qu'il est interprété par les sommités de la science. Dès lors on voit la théorie de la tradition se réduire peu à peu à une subtilité, par l'introduction des possessions civiles qui purent s'accomplir par voie feinte : « Au moyen de quoi, dit Ricard (*Donations*, n° 901), la tradi- » tion, qui avait eu pour objet le bien public et la sûreté du com- » merce, ne servit plus, dans la plupart des coutumes, qu'à » grossir les clauses d'un contrat, et ne dépendit plus que du » style des notaires. »

Il est inutile de nous arrêter sur les difficultés d'une matière que ce grand jurisconsulte regardait « comme autant embarras- » sée et aussi peu entendue qu'aucune de notre jurisprudence. » (Même traité, n° 899.)

5. Quelques coutumes cependant restèrent fidèles au système féodal ancien : on les appela coutumes de nantissement.

L'historien ne peut s'empêcher de remarquer que la transmission y était organisée d'une manière plus complète et surtout plus énergique que dans les autres.

Hâtons-nous d'arriver à l'école d'association, si dignement représentée par Domat, d'Aguesseau et Pothier. Son influence a été immense sur les codes qui nous régissent.

6. L'ancienne jurisprudence française, au moins généralement, suivit au fond la législation du VIe siècle ; elle accepta les moyens d'acquisition et de transmission encore en vigueur dans les compilations justiniennes. Ce qu'il importe ici pour nous n'est pas tant de rechercher si les docteurs français ont ou non commis des erreurs, que de résumer le système tel qu'ils l'entendaient [1]. Au surplus, en ce qui concerne la matière que nous

[1] La science du droit romain a fait de nos jours des progrès dus à la découverte de nouveaux textes et aux travaux de l'Allemagne. Bien des erreurs ont été relevées; mais les erreurs admises par l'ancienne jurisprudence n'en ont pas moins servi de fondement à notre Code civil; en sorte qu'au point de vue de notre législation, c'est moins le droit romain en lui-même que le droit des docteurs qu'il faut

traitons, et à part quelques points accessoires susceptibles de critique, ils étaient dans le vrai.

7. Les manières d'acquérir la propriété se divisent en modes du droit naturel et des gens et modes du droit civil.

La première catégorie comprend :

1° L'occupation.

A l'occupation se rattachent, comme espèces du genre, la chasse, la pêche, l'invention.

2° L'accession.

A l'accession se rattachent, au même titre, l'alluvion, la spécification et la confusion [1].

3° La tradition réunissant les caractères voulus, manière dérivée d'acquérir le domaine, c'est-à-dire, moyen de faire passer le domaine d'une personne à une autre.

C'est de ce dernier moyen que nous devons surtout nous occuper.

8. La tradition se divise en :

1° Tradition proprement dite, c'est-à-dire, appréhension corporelle de la chose remise à celui qu'on entend investir du domaine.

2° Tradition symbolique, c'est-à-dire remise, non pas de la chose, mais d'un signe qui la représente, comme des clefs d'une maison. Pothier y ajoute les titres de propriété [2].

étudier avec soin, si on veut bien saisir la pensée intime des auteurs du Code. Mais pour devenir jurisconsulte véritable, ce n'est pas le droit de Justinien qu'il faut étudier, c'est le droit du IIe et du IIIe siècle. Il faut pour cela se familiariser avec la langue et les textes des Romains, et le principe fondamental qui doit servir de point de départ, c'est qu'il ne faut jamais s'en rapporter qu'à soi-même.

[1] Cette théorie de l'accession n'a vraiment pas été comprise dans l'ancienne jurisprudence. Le Code civil, qui l'a ensuite copiée, est, sur cette partie de notre législation, loin de présenter une théorie qui satisfasse la raison. On suivait Pothier : *magister ipse dixit*. Pothier résumait les docteurs; mais les docteurs n'avaient pas vu bien clair dans cette matière. Il me paraît que l'accession n'était pas une manière d'acquérir (*V*. Inst. Just., *De rer. div.*, § 29 : « Omne quod solo inædificatur, solo cedit, *nec tamen, ideo qui materiæ dominus fuerat desinit dominus esse. V.* aussi *cod. tit.*, §§ 21, 31, 32). Quant à la spécification, la confusion, le mélange, ils ne forment pas des cas d'accession proprement dite (*V.* M. Bonjean, Traité des actions, § 278).

Cependant les jurisconsultes allemands maintiennent l'*accession*. C'est un procès sur lequel le dernier mot n'est pas encore dit.

[2] Code civil, art. 1605 (*V.* sur toutes ces *traditions* M. Du Caurroy, Inst. expliquées, nos 401, 402, 403).

3° Tradition de longue main, qui consiste dans la montre, l'indication, l'exposition de l'objet, faite par le débiteur au créancier auquel est donnée permission d'enlever.

4° Tradition de brève main : fiction par laquelle celui qui est déjà en possession naturelle de la chose est censé avoir remis cette chose au traditeur, qui est censé, à son tour, la remettre à celui qu'il investit du domaine [1].

5° Tradition des choses incorporelles ; ce qui comprend : *a*, les cessions de créances : la signification du transport au débiteur est le moyen de tradition qui oblige le public (C. civ., art. 1690) ; *b*, la constitution des servitudes : l'*usus*, au vu et au su du constituant qui se tait (*patientia*), forme la tradition en cette matière, l'acquisition du *jus in re*. Jusque-là, le créancier de la servitude n'a que le *jus ad rem* : « Aliud est promittere, aliud est constituere » (*V.* C. civ., art. 1607) [2].

9. Les contrats de gage, de nantissement, ne se perfectionnent guère par la remise de la chose, par la tradition. La convention est ici, comme généralement, impuissante pour faire acquérir au créancier gagiste les droits absolus, sous certains rapports, que ces contrats ont pour objet de constituer [3].

L'hypothèque étant un *jus in re*, un démembrement de la propriété, participant par conséquent de son caractère absolu, ne devait aussi, pour compléter le système, s'acquérir que par une tradition ou quelque chose qui la remplaçât. C'est en effet ce qui avait lieu. L'hypothèque résultait non pas de la convention,

[1] Cette tradition est assurément de l'invention des interprètes. Dans ce cas, la simple convention valait tradition (*V.* Code civil, art. 1606).

[2] C'est une question fort controversée, en droit romain, de savoir comment au VI[e] siècle s'acquéraient les servitudes. Je pense que l'ancienne jurisprudence française était dans le vrai lorsqu'elle décidait que la *quasi juris possessio* était nécessaire pour constituer le *jus in re* (*V.* cependant M. Du Caurroy, n[os] 432, 433).

[3] Je ne parle pas du contrat de louage, parce que je pense que ce contrat ne donnait pas lieu à un droit réel, mais simplement à un droit de créance. Il me paraît qu'il en est de même sous le Code, quoique cependant la question puisse être douteuse. Pour exprimer le fond de ma pensée, je dirai que le Code civil a fait du contrat de bail une théorie mixte se rattachant principalement au droit de créance et pourtant entachée de réalité sous certains rapports (*V.* art. 1743). La distinction du *jus ad rem* et du *jus in re* n'est pas assez tranchée dans le Code civil c'est à mon sens l'une de ses grandes imperfections. Il faut voir, sur cette matière des droits *absolus* et des droits *relatifs*, deux articles de M. Blondeau (*Thémis*, t. VIII, partie étrangère, p. 1, et t. IX, p. 34).

mais d'un événement auquel l'autorité publique l'attachait, d'un acte authentique. C'est ce qui a fait dire à Pothier que la force de l'autorité publique suppléait en ce cas à la tradition.

10. Ainsi, comme on le voit, tout en définitive était ramené à la tradition, c'est-à-dire à la possession d'où est primitivement dérivé le domaine : *dominium à possessione cœpit*. La tradition et la possession sont donc le *criterium* de l'acquisition et de la transmission des *jura in re* sous l'ancienne jurisprudence.

Du reste, pour arriver à ses fins, on sent que cette tradition devait réunir plusieurs conditions essentielles; elles étaient au nombre de quatre :

1° La volonté de transférer et d'acquérir devait concourir au même but;

2° Le traditeur devait être propriétaire;

3° Il devait avoir la capacité d'aliéner;

4° Il fallait que la tradition fût faite en vertu d'un juste titre, c'est-à-dire, d'un titre dont le but fût la mutation.

Ces quatre conditions étant réunies, la tradition réelle, symbolique ou fictive transportait, au regard de tous, le domaine absolu. La société était alors tenue de respecter le droit réel, désormais assis sur la tête du nouveau propriétaire. Mais aussi, jusqu'à la tradition, le stipulant n'avait acquis par la convention qu'un droit relatif, qu'un droit de créance contre telle personne déterminée, le *jus ad rem* en un mot; il n'était pas encore investi du *jus in re*. Le vendeur, malgré l'existence du droit relatif par lui concédé, restait toujours, au regard des tiers, propriétaire de la chose jusqu'à la tradition, et par conséquent un second acheteur mis en possession réelle était préféré à un premier, auquel la tradition n'avait pas été faite, bien que le titre de ce dernier fût antérieur au titre de son adversaire. Cette théorie avait sa base dans la loi 20, au Code, *De pactis : Traditionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur*, et dans une foule d'autres textes.

11. La seconde catégorie des moyens d'acquérir le domaine comprenait ceux qui étaient établis par la loi civile; ils n'exigeaient pas la tradition. Nous n'avons pas à nous en occuper; cela nous éloignerait de notre sujet.

On sait qu'ils consistent dans les transmissions par décès, successions et testaments, adjudications en justice, et enfin l'usucapion, c'est-à-dire, la prescription à l'effet d'acquérir.

12. Les interprètes du Code civil, généralement plus romanistes que coutumiers, ont pris cette théorie de Pothier pour l'expression la plus exacte du système de transmission reconnu par l'ancienne jurisprudence française. Partant de là, ils sont arrivés à voir dans le Code civil des modifications profondes à l'état de choses préexistant.

Nous pensons qu'il ne faut pas regarder la théorie de Pothier sur la transmission par actes entre-vifs, comme l'expression la plus exacte de ce qui se passait dans la pratique des affaires au moment de la Révolution, ou tout au moins qu'il ne faut l'accepter qu'avec des restrictions importantes; car cette théorie a subi des variations qu'il faut signaler.

13. Sans doute la tradition resta la base fondamentale du système; mais comment cette tradition, à laquelle étaient attachés des effets si importants, s'entendait-elle dans la pratique? Fallait-il une remise matérielle de la chose? Pour être considéré comme propriétaire au regard des tiers, la prise de possession était-elle indispensable? Nullement. Nous avons vu (n° 4) Ricard se plaindre de l'abandon de la tradition réelle, que le style des notaires avait fini par rendre inutile. Écoutons maintenant Argou; il résume les idées de son temps avec la netteté qu'on lui connaît.

Ou bien il s'agit de la transmission des meubles, ou bien il s'agit de la transmission des immeubles.

« L'acquéreur en matière de meubles n'a qu'une action per-
» sonnelle contre le vendeur, pour l'obliger à lui livrer la chose
» vendue, le simple contrat ne donnant pas la propriété à l'ac-
» quéreur s'il n'est suivi d'une tradition réelle.....

» Il en était de même par le droit romain en matière d'im-
» meubles; mais, comme parmi nous on met toujours une clause
» dans les contrats de vente, par laquelle le vendeur se dépouille
» et se démet de la propriété et de la possession de la chose ven-
» due pour en saisir l'acquéreur, *ce qu'on appelle tradition*
» *feinte*, dès le moment que le contrat est parfait et accompli

» tous les droits qui appartiennent au vendeur passent en la per-
» sonne de l'acquéreur, de sorte que, si le vendeur était proprié-
» taire, l'acquéreur devient aussi propriétaire [1]. »

Ainsi, il est évident que la tradition réelle ne jouait plus qu'un rôle bien secondaire dans la vente des immeubles. Dès qu'on admet l'acte authentique comme pouvant renfermer une convention valant tradition de la propriété *ergà omnes*, que devient la loi *Quotiès* en ce qui touche les immeubles?

Continuons. « La vente, ajoute-t-il [2], est parfaite et subsiste
» quoiqu'il n'y ait pas de contrat par écrit; car l'écriture en cette
» matière n'est point de l'essence du contrat, et ne sert que pour
» en faire la preuve.....

» Il est vrai qu'*à l'égard des tierces personnes* la vente des
» immeubles n'est prouvée, et par conséquent n'a son effet,
» que lorsqu'il y a contrat passé par-devant notaire. C'est pour-
» quoi, si je vends ma maison aujourd'hui, quoiqu'il n'y ait
» point de contrat par écrit, la vente est bonne et doit avoir son
» effet entre l'acquéreur et moi [3]; mais si j'emprunte demain de
» l'argent par-devant notaire, ma maison, quoique vendue avant
» l'obligation, ne laisse pas d'y être hypothéquée, parce que
» nous sommes *tellement accoutumés* à faire tous les contrats de
» vente par-devant notaires, qu'on ne présume pas *au préjudice*
» *des tiers* qu'il y ait en effet contrat de vente, s'il ne paraît dans
» la forme dans laquelle on est accoutumé de les faire. »

Passons à Bourjon.

» Entre deux acquéreurs l'authenticité du titre l'emporte.
» C'est droit acquis à l'un que le droit de l'autre n'a pu affai-
» blir. »

Et remarquons bien que la tradition réelle est ici sans objet. « S'il y avait, ajoute-t-il, deux acquéreurs, l'autorité du titre,
» lorsqu'il est authentique, doit entre eux l'emporter *sur la*
» *prise de possession;* mais, si ni l'un ni l'autre n'avait titre au-

[1] *V.* Argou, Institutions au droit français, liv. 3, chap. 23, p. 239.

[2] *Loc. cit.*, p. 213 et 214.

[3] Notons que suivant l'auteur (p. 235), qui appuie sa doctrine de l'autorité d'Henrys (t. I, liv. 4; t. VI, quest. 39), la vente, qui chez les Romains obligeait le vendeur à la tradition, *chez nous transfère la propriété*. Il y a loin de là aux idées de Pothier.

» thentique, la possession déciderait, suivant la loi 9, § 4, ff., » *De publ. in rem act.*, et la loi *Quotiès*, au Code, *De rei vindi-* » *catione.* »

Telle était la véritable théorie suivie dans la pratique au moment de la révolution, et peu importe qu'elle s'éloigne des idées de Pothier. Le point capital est de savoir si les rédacteurs du Code l'entendaient ainsi. Or, cette question ne peut être un instant douteuse, ainsi que nous le verrons bientôt.

Ainsi l'acte authentique, renfermant toujours une clause de délivrance, constituait à lui seul ce que l'on appelait la solennité de la tradition. Restée intacte en ce qui concerne les meubles, la loi *Quotiès* avait subi une modification profonde en ce qui touche la transmission des immeubles. Il est donc faux de dire et de répéter, sur la foi de plusieurs jurisconsultes, que, dans l'ancienne jurisprudence française, la préférence se réglait entre deux acquéreurs par l'ancienneté de la possession, et que, par conséquent, la tradition réelle, au cas d'une double vente, était nécessaire pour consommer la transmission du domaine au regard des tiers. Cela a subsisté longtemps à la vérité, mais le système avait fini par se modifier. Dans le dernier état de l'ancienne jurisprudence, les difficultés résultant des cas de double vente étaient réglées par les tribunaux, qui prononçaient entre les parties suivant les circonstances [1]. Il n'y avait rien d'absolu à cet égard. Toutefois, la tradition feinte par acte authentique était prise en grande considération, et la tradition réelle ne reprenait ses anciennes conséquences que lorsque ni l'un ni l'autre des deux acquéreurs ne pouvait rapporter un titre authentique à l'appui de ses prétentions.

14. Tel est le système de l'ancienne jurisprudence française. On doit avouer qu'il est bien loin de répondre à la notion du droit de propriété qui doit toujours se poser d'une manière éclatante. Le spiritualisme y domine, quoiqu'il cherche à s'y cacher sous ces traditions douteuses qui ne révèlent aucun acte solennel capable de frapper le public. C'est un ensemble de demi-mesures qui veulent atteindre deux buts et qui les manquent tous deux. Ce sys-

[1] *V.* les discours de M. Tronchet, aux séances des 3 et 10 ventôse an XII, discussion de l'article 2182 du Code civil.

tème comprend que la volonté toute seule ne suffit pas à la constitution du domaine, et à cet égard il est dans le vrai; mais il craint de gêner le commerce par des formes vraiment publiques, et sous ce rapport il n'arrive pas à ses fins. Il veut avertir....., sa timidité fait qu'il n'avertit pas. Et pourtant, le caractère principal de la propriété et de ses démembrements est l'exclusion. Or, qui dit exclusion dit publicité; car ces deux idées, exclusion et publicité, sont corrélatives.

Comment puis-je acquérir sur une chose un droit exclusif au regard de tous, si cette acquisition ne se révèle pas à tous? N'est-il pas évident que la société dont je veux obtenir la reconnaissance du droit que j'entends lui imposer, ne peut reconnaître ce droit qu'autant qu'il se produit à ses yeux? Si je garde le silence, si mon droit reste caché dans l'ombre, comment sera-t-elle tenue de respecter ce qu'elle ne connaît pas?

Sans doute, c'est un problème difficile à résoudre que celui de rechercher les moyens qui porteront les droits absolus à la connaissance de tous les citoyens. La loi, souvent impuissante, est obligée de réputer publics certains événements, clandestins de leur nature, et qui pourtant ont pour conséquence l'acquisition du domaine; mais, si le beau idéal du système ne peut être rigoureusement atteint, le législateur peut approcher du but, et il manquerait au premier de ses devoirs, s'il ne mettait pas la société qu'il régit à même de s'éclairer, et de s'éclairer à temps.

La meilleure théorie sera donc celle qui constituera le *jus in re* avec la publicité la plus éclatante. Mais ici un écueil est à éviter. La publicité entraîne avec elle le formalisme, et le formalisme est gênant dans les transactions humaines. La meilleure théorie sera donc celle qui tout à la fois constituera le *jus in re* de manière à prévenir les surprises, et qui pourtant n'entravera pas le commerce par un luxe de formalités gênantes.

Telle est la base fondamentale de la théorie de l'acquisition et de la transmission du domaine.

15. Nous avons vu, en indiquant seulement les moyens, comment les Romains avaient organisé cette théorie dans le premier état de leur droit; nous avons ajouté ensuite qu'elle s'était singulièrement modifiée. On a pu s'en convaincre par l'exposé de la

théorie de Pothier, qui est au fond celle du VI[e] siècle. Dans notre opinion, cette théorie a longtemps marché en reculant, bien différente en cela d'une foule d'institutions qui se sont développées au contact des siècles. Mais il était réservé à la Révolution française de produire une idée qui finira par changer la face d'une partie notable du droit dans les sociétés modernes. Je veux parler de la transcription.

§ 3. — Loi du 11 brumaire an VII.

16. La pensée, qui, au fond, est le principe de l'acquisition et de la transmission de la propriété, n'étant quelque chose qu'autant qu'elle se produit au dehors, il est clair que la question se réduit à organiser les instruments qui serviront à constituer, aux yeux de tous, le domaine des choses. C'est donc par un ensemble de formalités, éclatantes autant que possible, que le *jus in re* doit se révéler au public. Le système précédemment exposé ne pouvait évidemment satisfaire la Révolution française. Cependant tout n'était pas à refaire dans un passé plein d'erreurs : on pouvait mettre à profit l'expérience des siècles. Aussi les réformes ne furent-elles que partielles. Et d'abord, en ce qui touche la propriété mobilière, la tradition, revêtue de ses caractères essentiels, avait constamment suffi pour la constituer [1]. La nature des meubles, leur circulation dans le commerce, les besoins journaliers de la vie, tout se réunissait pour consacrer ce qui existait; la tradition fut donc conservée comme elle devait l'être. Seulement, la loi eût pu repousser toute espèce de traditions fictives et n'admettre que les traditions réelles, c'est-à-dire la possession matérielle et éclatante, de manière à éviter les surprises. Il y avait là matière à perfectionner et non pas à détruire.

Mais la Révolution, au milieu des convulsions politiques qui l'agitaient, n'avait guère le temps de s'occuper des détails; sa mission était de courir au plus pressé. Elle laissa donc la propriété mobilière, assise du reste sur ses bases naturelles, ce qu'elle

[1] Au moins généralement; car quelques meubles étaient considérés comme choses *mancipi* en droit romain. En ce qui touche la transmission des meubles sous le système des saisines au moyen âge, *V.* Klimrath, *loco citato*, p. 347.

était dans la jurisprudence française, se réservant d'organiser un vaste Code dans lequel les institutions anciennes seraient épurées au flambeau d'une critique radicale et philosophique, en rapport avec la société qu'elle était appelée à constituer.

17. Les vues se portèrent vers la propriété du sol; il y avait là beaucoup à faire. Des plaintes s'étaient élevées de toutes parts contre le système de clandestinité et de généralité qui régissait la matière hypothécaire. Il fallait porter un prompt remède à un mal évidemment réel. Car c'est surtout pour les hypothèques que la publicité est utile.

On fit une expérience malheureuse en l'an III, quand on voulut, contre la nature des choses, mobiliser le sol. C'était demander à la propriété immobilière ce qu'elle ne peut donner; c'était prendre les choses au rebours. Aussi l'institution des cédules hypothécaires eut-elle un résultat tout contraire à celui qu'en attendaient ses auteurs. Des familles entières se trouvèrent tout à coup ruinées par la violence du système [1]. De l'engourdissement, dit M. Grenier, on allait à la convulsion [2]. L'idée de la loi, séduisante en théorie, mais déplorable en pratique, n'aboutit qu'à enrichir l'agiotage. Bientôt le crédit se trouva anéanti; alors on résolut de prendre des mesures pour le relever. Le but une fois fixé, on arriva naturellement à reconstituer sur ses véritables bases la propriété immobilière, ébranlée par les commotions politiques. Dès lors le grand mot de publicité devint à l'ordre du jour, et ce que Louis XIV, avec toute sa puissance, n'avait pu faire, la Révolution l'accomplit sans peine par la loi du 11 brumaire an VII.

18. Pour bien juger cette loi, qui est la première pierre d'un édifice que le temps achèvera, il faut se placer à l'époque qui l'a vue naître. On veut reconstituer le crédit, voilà le but. Pour cela il faut ramener la confiance, il faut prendre des mesures capables de rassurer le public; c'est donc dans la vue du public que le législateur se met à l'œuvre. Dès lors les considerations particulières doivent nécessairement disparaître devant le résultat qu'on

[1] *V.* le discours de M. Grenier, rapporteur du titre des Hypothèques au Tribunat.

[2] Cette loi de messidor an III peint bien le caractère de l'époque. Du reste, il faut avouer que l'idée était ingénieuse.

veut atteindre. Il est possible que cet ordre d'idées conduise quelquefois à la rigueur; mais le législateur, qui n'a souvent que le choix des inconvénients, consultera surtout l'intérêt général, auquel doit céder l'intérêt particulier. Et, en définitive, les avantages qui naîtront du système compenseront, et bien au-delà, les atteintes dont une équité restreinte pourra parfois se plaindre.

Cela posé, voyons les moyens employés.

19. L'expérience a démontré que la clandestinité et la généralité des hypothèques n'aboutissent qu'à surprendre le public et à ruiner le crédit du débiteur. Le législateur, qui ne veut pas la ruine du crédit du débiteur, et qui veut surtout rassurer le public, prendra une voie toute contraire [1] : à la place de la clandestinité surgira la publicité, à la place de la généralité paraîtra la spécialité, et la publicité et la spécialité se prêtant un mutuel appui formeront la base du système.

Le moyen d'exécution consistera dans des registres, que le public sera mis à même de consulter à sa volonté, et qui présenteront le bilan de la propriété immobilière. Dès lors ce public ne pourra plus prétexter cause d'ignorance, s'il se laisse surprendre; car les surprises seront désormais impossibles, à moins d'incurie de sa part.

20. Jusque là la propriété n'apparaît pas encore soumise à la publicité, mais le système y conduit forcément. D'une part, en effet, la publicité de l'hypothèque, démembrement de la pro-

[1] Il est remarquable que souvent les institutions civiles subissent l'influence des événements politiques, surtout en ce qui touche la théorie de la propriété et de ses démembrements. Les annales historiques embrassées dans leur ensemble démontrent que le gouvernement qui succède à un autre fait à l'instant même le contraire de celui qui le précède; puis peu à peu les idées se modifient, retournent en arrière, et il faut une nouvelle révolution, qui est plus ou moins retardée suivant le plus ou moins d'habileté des gouvernants, pour d'abord reconquérir ce qu'on a perdu et ensuite faire des conquêtes nouvelles. Voilà l'histoire de la loi du 11 brumaire an VI. Nous verrons son idée fondamentale heurter de front l'ancienne jurisprudence, s'imposer à la France, encore trop peu avancée pour la bien comprendre, s'obscurcir ensuite sous le Code civil, qui est à la loi de brumaire ce que le gouvernement impérial est à la Révolution, c'est-à-dire un temps de réaction. Des jurisconsultes éminents, et la pratique à leur suite, penseront même que cette idée a disparu. Ils seront dans l'erreur. Puis le progrès marchant avec le temps, cette idée qu'on croyait éteinte, tandis qu'elle n'était qu'obscurcie, reparaîtra plus resplendissante que jamais. Alors les jurisconsultes qui ne datent que d'hier seront dépassés, et leurs ouvrages n'auront plus qu'une valeur d'enseignement historique; l'actualité leur aura été enlevée à toujours.

priété, découle de la publicité de la propriété elle-même. Comment comprendre un système hypothécaire public, si la propriété n'est pas publique? C'est publier la conséquence et ne pas publier le principe. En vain on aura usé tous les moyens de publicité pour m'avertir de la situation d'un immeuble, si cet immeuble peut m'échapper par l'apparition d'un acte occulte que la loi ne m'aura pas mis à même de connaître [1].

D'autre part l'aliénateur a pu retenir quelque chose de la propriété; peut-être le prix n'est pas encore payé, et pourtant il n'a consenti à se dessaisir que sous la condition du payement du prix. Il faut donc avant tout assurer ce payement. Mais cela ne suffit pas : il faut encore dire en même temps au public, qui a le plus grand intérêt à le savoir, en quoi consistent les rétentions faites

[1] Ainsi l'action résolutoire, qui, d'après le Code civil et la jurisprudence fondée des arrêts, se donne contre des tiers détenteurs, peut très-bien marcher avec le système de la transcription, parce que la transcription publie l'action résolutoire en même temps qu'elle publie le privilége; sans la transcription, j'ose dire que c'est une monstruosité. En effet, dans le système de la transcription, toutes les aliénations étant transcrites, le registre du conservateur fait nécessairement connaître la filiation de la propriété; il n'est pas au pouvoir du débiteur de la faire disparaître. Tout est nécessairement connu; le créancier qui voit dans les registres du conservateur que telle mutation n'a pas été liquidée par le contrat lui-même, exigera du débiteur la preuve de sa libération, et ne prêtera ses fonds que sur le dépôt des quittances entre les mains d'un officier public ou de toute autre personne qui a sa confiance, afin que le débiteur ne puisse s'entendre avec un précédent vendeur de mauvaise foi pour faire disparaître les traces de libération, et laisser exercer une revendication frauduleuse de la propriété au moyen d'une action résolutoire; tandis que, sans la transcription, il faut que le débiteur compulse tous les titres sous seings privés et autres que peut avoir le débiteur. Et voici alors les réflexions que cela fait naître. D'abord les titres non renfermés dans un dépôt public se perdent : la plupart du temps ils sont irréguliers ou incomplets : ce qui ne peut avoir lieu avec la transcription. Ensuite, si quelques-uns de ces titres ne confèrent, par exemple, qu'un domaine révocable, ou s'ils sont de nature à éveiller la défiance du prêteur, que fera le débiteur? Eh bien! il ne les produira pas; et alors le créancier se trouvera dans l'alternative ou de resserrer les cordons de sa bourse, et par cela même de porter une atteinte au crédit foncier, ou de contracter sans sécurité pour l'avenir.

S'il prend le premier parti, les capitaux sont improductifs; ils sont enlevés au commerce, et par conséquent la société en souffre. Si, voyant le débiteur en possession paisible de la chose en vertu d'un titre précédent, qui lui transfère la propriété en apparence d'une manière valable, il pense qu'encore bien que la filiation du domaine ne soit pas parfaitement en règle depuis trente ans et plus (car avec les suspensions de prescription il n'y a pas de raison pour que cela finisse), il peut prêter ses fonds..... il est ruiné!..... tandis qu'avec la transcription tout cela est impossible.

L'existence dans le Code civil de l'action résolutoire concourant avec le système hypothécaire est donc une preuve puissante que les auteurs du Code n'ont pas entendu abroger la transcription comme moyen de transmission à l'égard des tiers.

par l'aliénateur; car celui qui m'offrira ensuite l'immeuble en gage n'a peut-être sur cet immeuble qu'un domaine révocable, il n'est peut-être pas propriétaire. C'est à moi, public, à rechercher tout cela? Oui, sans doute; mais il faut bien que la loi me donne les moyens de faire ces recherches, et ces moyens ne peuvent consister que dans la publication des titres qui ont pour objet la constitution du domaine, c'est-à-dire dans la transcription.

Autrement je me trouve exposé aux fraudes de toute espèce, aux stellionats; je suis contraint de suivre la foi de celui avec lequel je contracte, c'est-à-dire de l'homme intéressé à me céler les circonstances qui m'empêcheraient de contracter. Or, il ne faut jamais placer l'homme entre son devoir et son intérêt. De là la réserve, la défiance, et par conséquent la perte du crédit foncier : car, comme on l'a dit avec raison, je dois repousser un gage qui ne m'offre pas une garantie suffisante, ou ne l'accepter que comme complément d'une garantie personnelle : ce qui est tout l'opposé du but d'un bon régime hypothécaire, dans lequel l'obligation personnelle ne doit être qu'une considération secondaire.

21. Les rédacteurs de la loi de brumaire l'ont bien senti. Aussi, pénétrés de cette idée juste, que la propriété doit se révéler par un acte éclatant, ils décidèrent (art. 26 et suiv.) que le *jus in re* ne pourrait obliger le public, c'est-à-dire se constituer avec tous ses caractères exclusifs, que par la notification de la convention à la société entière qui doit être partie au contrat. Jusque-là l'acheteur, l'échangiste, le donataire, n'ont acquis qu'un droit relatif, un droit de créance contre une personne déterminée. La pensée continue à être regardée comme insuffisante à la constitution du domaine absolu. On ne détruit pas, on améliore; à la place d'une tradition, d'une possession toujours douteuse dans son principe, et qui n'établit qu'une ligne de démarcation occulte et insaisissable, on substitue un signe public bien autrement puissant pour frapper les regards de tous.

22. C'est là, il faut l'avouer, un pas de géant fait dans la science du droit. Mais il est arrivé aux créateurs de cette idée profonde ce qui arrive toujours. Lorsqu'une idée est jetée dans le monde, rarement celui qui l'a trouvée la développe dans toutes

ses conséquences. Aussi le législateur de l'an VII s'arrêta-t-il en chemin, et cela tient à la méthode qui a dirigé sa marche.

Je m'explique.

Voulant reconstituer le crédit par un régime hypothécaire public, il sentit que la publicité de l'hypothèque et des priviléges, qui ne sont que des propriétés fractionnaires, ne pouvait arriver au but qu'autant que la publicité pénétrerait aussi dans la constitution du domaine. Mais cette publicité du domaine, il ne l'envisagea que dans ses rapports avec le droit hypothécaire, et, dès lors, ce qui devait être le point de départ ne fut pour lui qu'une conséquence. C'est à cette circonstance qu'il faut attribuer l'abandon du principe de la transcription par la jurisprudence, et par suite tous les embarras de notre législation sur la propriété immobilière. Certes, si, au lieu de dire : Les hypothèques seront publiques, et par conséquent la propriété sera publique, on eût dit *à priori :* La propriété sera publique, et, comme conséquence, les *jura in re alienâ* seront publics, on aurait plus tard dans le Code civil traité de la transcription, non pas au titre des hypothèques, mais au titre de la propriété. On arrivait alors à organiser un vaste système qui dominait tout le Code. Toutes les manières d'acquérir le domaine dérivé se révélaient à la société qui a le plus grand intérêt à les connaître. Transmissions par décès, partages, testaments, constitutions de servitudes, usage et habitation, qui dans notre droit ne sont que des usufruits restreints, tout devenait public, tandis que cette partie notable du droit est encore régie par un système clandestin.

23. Mais ne faisons pas le procès à la Révolution, elle n'a pas eu le temps d'achever son ouvrage. Constatons seulement en les résumant les bases du système sous l'empire de la loi que nous venons d'examiner d'un point de vue général.

24. Les manières d'acquérir le domaine originaire restent ce qu'elles étaient. On ne sait pas trop, en effet, comment une publicité autre que celle résultant de la possession pourrait les atteindre ; d'ailleurs l'occupation ne s'applique guère qu'aux meubles, puisque l'État est propriétaire des biens qui n'ont pas de maîtres. La possession remplit dès lors son rôle ordinaire [1] ;

[1] M. de Savigny ne veut pas que la propriété résultant de l'occupation soit pro-

quant à l'accession, la propriété à laquelle vient se joindre l'incorporation étant publique par le système, il s'ensuit que l'accession devient par cela même publique.

A l'égard des manières d'acquérir le domaine dérivé, la théorie ancienne subit des modifications profondes dans la partie la plus importante, mais seulement en ce qui concerne les biens susceptibles d'hypothèque. La transcription des contrats qui ont pour but la mutation de ces sortes de biens est le seul moyen de transférer le domaine absolu (art. 26).

Concluons de là : 1° Que la tradition est toujours nécessaire pour transporter la propriété des meubles.

2° Qu'elle est encore nécessaire en ce qui touche les choses réputées immeubles et non susceptibles d'hypothèques par elles-mêmes ; ce qui se réfère à la *quasi juris possessio* des servitudes.

3° Qu'en ce qui touche les immeubles susceptibles d'hypothèque, la tradition dégénère en une simple délivrance de la possession, déshéritée de sa prérogative ancienne. Elle n'intéresse plus en rien la translation du domaine.

4° Qu'entre deux acquéreurs successifs de cette espèce de biens, dont l'un a transcrit son contrat, et l'autre a été mis en possession réelle de la chose, celui qui le premier a transcrit son contrat doit l'emporter sur l'autre, et cela sans qu'on doive avoir égard à la date des contrats, qui, par eux-mêmes, ne donnent naissance qu'à un droit relatif et non pas à un droit absolu.

5° Que si, entre deux acquéreurs qui n'ont transcrit leurs contrats ni l'un ni l'autre, la tradition peut encore donner la préférence à celui qui est mis en possession réelle de la chose, c'est là un effet non pas d'une transmission que le public est tenu de respecter, car ni l'un ni l'autre n'est propriétaire absolu, mais un effet de la possession qui donne, entre deux individus non

duite par la possession. L'occupation est un fait moins complexe que la possession ; c'est l'appréhension qui, à elle seule, rend propriétaire. Cela est vrai. Mais avec un système comme celui-là, où est-on conduit? A admettre autant d'événements investitifs différents qu'il y a de conditions dans la possession. Il vaut bien mieux généraliser et reconnaître diverses espèces de possessions, c'est-à-dire des possessions plus ou moins parfaites (*V.* M. Blondeau, Chrestomathie, p. 264, *in notâ*, édition de 1843).

propriétaires, la préférence à celui qui possède, par cela seul qu'il possède. Aucun des deux ne pouvant prouver son droit absolu, il reste un possesseur de fait qui doit l'emporter, ou tout au moins qui doit être maintenu en possession [1].

6° Que le *jus in re* ne commençant à s'asseoir sur la tête du nouveau propriétaire qu'à partir de la transcription, l'aliénateur reste propriétaire aux yeux du public jusqu'à l'accomplissement de la formalité. D'où suit que les droits de servitudes constitués légalement dans le temps intermédiaire, et les hypothèques inscrites avant la transcription, doivent être respectés.

Que, par suite, les hypothèques et autres démembrements absolus de la propriété consentis par le créancier de l'immeuble, depuis le contrat jusqu'à l'acquisition du domaine par la transcription, ne peuvent obliger le public, c'est-à-dire les créanciers du vendeur. En effet, l'acheteur n'ayant jusque-là qu'un droit relatif, ne peut transmettre un droit ou fraction d'un droit absolu qu'il n'a pas encore.

En un mot, la transcription saisit l'immeuble tel qu'il est, et le droit exclusif de propriété avec toutes ses conséquences ne commence à exister pour l'acquéreur et ses ayants cause qu'à partir de l'accomplissement de la formalité translative (*V.* art. 26-28).

25. A l'égard des acquisitions *lege*, la publicité n'y pénètre pas. Il n'est rien innové au système qui les régit, si ce n'est en ce qui concerne les acquisitions par suite d'expropriations forcées, qui doivent aussi être transcrites (*V.* art. 22 de la loi complémentaire du 11 brumaire an 7).

C'est en cela que la loi est incomplète. Il est évident qu'un jour viendra où la publicité fera connaître à la société les héritiers du defunt, les acceptations de successions, les testaments, etc.

26. Telles sont les bases générales de la loi du 11 brumaire an 7. Il est inutile de dire que le système qu'elle consacre satis-

[1] Au surplus, cette difficulté ne peut guère se présenter; car, avant d'agir, le demandeur ne manquera pas de transcrire son contrat, afin d'acquérir le droit absolu, et exercer par suite la *rei vindicatio*, qui doit être admise si l'usucapion n'est pas accomplie.

fait la raison. Il y a des lacunes, cela est vrai; mais tous les points touchés l'ont été de main de maître. Nous avons à voir maintenant le Code civil. Ses rédacteurs ont-ils accepté cet état de choses? Quelle utilité y avait-il à le modifier? Où sont les preuves de cette modification? Telles sont les graves questions que nous devons nous poser en recherchant quelle a été la pensée du législateur de 1804.

HUREAUX.

(*La suite à un prochain cahier.*)

De la nécessité d'une loi nouvelle sur les conseils de préfecture.

Par M. SERRIGNY, professeur à la Faculté de droit de Dijon.

Une des plus importantes institutions sur lesquelles repose l'organisation administrative en France est à coup sûr celle des conseils de préfecture. Leur création a été, dans son origine, un des bienfaits qui ont signalé le retour de l'ordre en France sous le génie organisateur du premier consul. La preuve que cette institution réalisait un progrès, c'est qu'elle a survécu à tous les changements survenus dans l'ordre politique en 1804, en 1814 et en 1830.

Les attributions de ces conseils n'ont fait que s'accroître, depuis la révolution de 1830, dans une proportion considérable. Les lois sur les élections municipales et departementales ont donné naissance à un contentieux considérable, attribué en grande partie aux conseils de préfecture. Les travaux publics, qui ont pris une extension si grande, ont augmenté la matière de celui qui leur appartenait déjà. La création des chemins de fer a fait naître un contentieux d'un immense intérêt, qui vient se concentrer dans la juridiction des mêmes conseils, et qui croîtra sans cesse. La seule loi sur la police de ces chemins augmente considérablement leurs attributions sous le rapport civil administratif, à raison des indemnités à fixer par suite des servitudes

qu'elle établit, et sous le rapport de la justice répressive. Les amendes qu'ils sont autorisés par cette loi à prononcer s'élèvent jusqu'à 3,000 francs. Toutes les lois portant concession de chemins de fer à des compagnies soumettent les difficultés qui peuvent s'élever entre elles et l'administration publique au jugement des conseils de préfecture. Ces concessions portant sur des capitaux qui ne se comptent que par millions et centaines de millions, on comprend aisément que les difficultés qui en naîtront seront en rapport avec les intérêts sur lesquels elles prendront naissance.

Voilà donc les conseils de préfecture appelés à prononcer sur des intérêts pécuniaires énormes et sur des amendes plus élevées que celles prononcées par nos tribunaux de police correctionnelle. Les formes, c'est-à-dire les garanties, ont-elles suivi le progrès des attributions conférées aux corps chargés de juger le contentieux administratif? J'ose dire que non, et que la législation appelle sur ce point une réforme prompte. Personne n'est plus que moi partisan de la justice administrative, et en particulier de l'institution des conseils de préfecture, et je crois l'avoir prouvé dans mon *Traité de l'organisation et de la compétence administratives;* mais cela ne m'empêche pas de voir ce qui manque à ces institutions, et de demander qu'il y soit pourvu, dans l'intérêt bien entendu de la juridiction administrative. Je suis profondément convaincu que c'est fortifier l'administration que de l'améliorer, quand les améliorations sont faites avec sagesse et intelligence. C'est pour cela que je n'hésite pas à publier mes idées sur la réforme des conseils de préfecture.

Une première amélioration à introduire, c'est la publicité des débats dans les affaires contentieuses. Du moment qu'il existe une justice administrative, elle appelle nécessairement la publicité et le débat oral. C'est la première de toutes les garanties; elle tient lieu, au besoin, de toutes les autres, et toutes les autres garanties ne sauraient remplacer celle-là. Nous sommes ainsi faits, nous autres Français, que nous ne croyons guère à la justice occulte; quand nous n'avons pas exposé publiquement nos raisons à nos juges, et que nous n'avons pas entendu prononcer publiquement leurs jugements, nous sommes toujours en dé-

fiance de leurs décisions, alors même qu'elles sont parfaitement justes au fond. La publicité est le premier besoin des justiciables. Voyez plutôt nos lois sur la justice judiciaire! écoutez le bruit que fait l'Allemagne tout entière pour jouir de ce grand bienfait!

On peut faire bien des objections à l'introduction de la publicité et du débat oral dans nos conseils de préfecture. Ces objections, est-ce qu'on ne les faisait pas en France contre la publicité des tribunaux judiciaires? est-ce qu'on ne les fait pas en Allemagne à ceux qui voudraient nous imiter? Et pourtant, de bonne foi, y a-t-il un seul individu en France qui oserait blâmer la publicité et le débat oral, et demander qu'on les supprimât devant la justice ordinaire?

Ce que vous proposez, dira-t-on, est bien différent; il s'agit ici de la justice administrative et non de la justice ordinaire; si l'on ouvrait la salle des séances du conseil de préfecture au public, et surtout aux avocats, l'administration serait désorganisée et deviendrait impossible. Comment laisser discuter ses actes publiquement et par des hommes habitués par leur profession à critiquer et à blâmer? Eh! mon Dieu, tout cela a été dit pour le conseil d'État, et cependant la publicité et le débat oral y ont été introduits depuis plus de quinze ans, et aucun de ces inconvénients ne s'est manifesté. Tout le monde reconnaît que c'est là un des grands bienfaits de la révolution de 1830, et personne ne s'est rencontré pour demander la suppression de cette publicité et de ces débats, aujourd'hui garantis par la loi du 19 juillet 1845.

D'ailleurs, je ne comprends guère pourquoi la justice administrative ne jouirait pas de ces garanties dont jouit la justice judiciaire. Quoi! si je suis prévenu d'une contravention de simple police emportant une amende de 1 franc à 5 francs, j'ai le droit d'aller exposer publiquement mes raisons devant le juge de paix, qui ne pourra me condamner qu'après m'avoir entendu et en me faisant connaître devant le public les motifs de son jugement; et, si je suis prévenu d'une contravention de grande voirie à laquelle est attachée une amende de 300 francs à 3.000 francs, je n'aurai pas le droit d'être entendu de mes juges! Que m'importe à moi, qui suis exposé à être condamné à une peine si forte, que vous appeliez justice administrative celle qui me condamne à

3,000 francs d'amende, et justice judiciaire celle qui me frappe seulement de 1 franc? Est-ce que cette distinction est de nature à satisfaire le justiciable?

Ce que je viens de dire des matières de la justice répressive se rencontre également dans les matières administratives d'un intérêt purement pécuniaire. L'entrepreneur de travaux publics, le propriétaire à qui l'on enlève l'eau de son moulin ou à qui l'on cause d'autres dommages aussi graves, la compagnie concessionnaire d'un chemin de fer, qui se trouvent en contestation avec l'État, regrettent tous de ne pouvoir exposer ou faire exposer publiquement leurs raisons à ceux qui doivent les juger. Aussi qu'arrive-t-il? c'est que les parties redoutent, en général, la juridiction du conseil de préfecture, et lui préfèrent celle des tribunaux ordinaires. Admirez d'ailleurs l'inconséquence! Les conseils de préfecture forment le premier degré de juridiction, et toutes leurs décisions peuvent aboutir au conseil d'État : or point de publicité ni de débat oral devant les juges du premier degré, tandis que, si l'affaire est portée en appel devant le conseil d'État, les mêmes parties jouiront de toutes ces garanties. Il est bien évident qu'il y a là une anomalie véritable, et que la publicité introduite devant le conseil d'État appelle forcément la même garantie devant les conseils de préfecture.

Une seconde garantie qu'il faut introduire en cette matière, c'est un règlement légal sur la procédure à suivre devant ces juridictions. « Ce qui préserve de l'arbitraire, a dit un publiciste français éminent, c'est l'observation des formes. » Croirait-on qu'il n'existe point de loi ou de règlement qui détermine les formes à observer pour introduire, instruire et juger les intérêts considérables en jeu devant les conseils de préfecture? que le délai général de l'opposition contre leurs décisions n'est écrit nulle part dans la loi? Tout se réduit à des usages fondés sur la jurisprudence du conseil d'État et sur quelques lambeaux de règlements.

Ici encore on peut faire des objections de même nature que celles relatives à l'intervention de la publicité. On dira que ces formes entraveront la marche des instances et arrêteront le cours de l'administration. La réponse est bien simple : il existe un règlement ayant force de loi pour déterminer la procédure du con-

seil d'État; et, bien qu'on puisse lui reprocher quelques longueurs dans les délais, on n'a jamais prétendu qu'en soi ce règlement fût un mal pour l'administration et pour les administrés qui sont dans le cas de recourir au conseil d'État. Pourquoi en serait-il autrement d'un règlement analogue, s'il en existait un pour les conseils de préfecture? D'autre part, il existe des règles fondées sur la jurisprudence, mûries par l'expérience; rien ne serait plus facile que de colliger ces règles, d'en former corps et de leur imprimer la force législative. Cela serait infiniment plus commode pour les conseillers de préfecture et pour les administrés, que d'être obligés de compulser ces règles dans le recueil volumineux des arrêts du conseil d'État. Je ne suis pas du nombre de ceux qui croient à la formation d'un code administratif embrassant toutes les matières de ce droit; j'ai toujours considéré cette idée comme une chimère qui ne peut entrer que dans le cerveau d'un homme étranger à cette science. Mais rien ne serait plus simple et plus facile qu'un règlement sur l'organisation des conseils de préfecture et sur la procédure à suivre devant eux. Ce n'est pas le cas d'entrer ici dans le détail des dispositions que devrait contenir la loi; il suffit de poser les idées fondamentales.

Cependant je dois repousser une idée qui a déjà été produite : je veux parler de l'introduction d'un ministère public permanent près des conseils de préfecture. Ce fonctionnaire ressemblerait beaucoup au procureur général syndic établi près des administrations départementales, par la loi du 22 décembre 1789—janvier 1790. On comprend l'existence de cet agent à côté d'un directoire multiple, composé d'un personnel nombreux, dont les attributions n'étaient point partagées, et dont la responsabilité s'affaiblissait par le nombre. Encore l'expérience a-t-elle prouvé contre la création de ces agents, dont les attributions mal définies se choquaient fréquemment avec celles des directoires. Mais aujourd'hui que toute l'action administrative est confiée à un agent unique, le préfet, pour chaque département, ce serait l'affaiblir que de la diviser par l'établissement d'un commissaire du roi permanent, chargé en titre des fonctions du ministère public; ce serait, en outre, faire des conseils de préfecture de véritables tribunaux judiciaires. Mais rien n'empêche de faire, pour

ces conseils, ce qui existe au conseil d'État, de charger temporairement l'un des membres de conclure dans chaque affaire, lorsque cela serait jugé nécessaire.

En résumé, si les deux améliorations que je propose étaient adoptées, je suis convaincu que les conseils de préfecture gagneraient beaucoup en influence et en considération dans l'opinion publique. Il existe plusieurs points sur lesquels la jurisprudence de la cour de cassation et celle du conseil d'État sont en opposition concernant la compétence administrative ou judiciaire, tels que, par exemple, la question de savoir à qui il appartient de juger les dommages permanents causés par les travaux publics et la question relative au contentieux des marchés de travaux communaux. Nous avons vu tout récemment la chambre des députés donner gain de cause à l'opinion de la cour de cassation sur la première de ces deux questions, en attribuant aux tribunaux judiciaires le règlement des indemnités dues à raison de l'établissement des servitudes en faveur des sources d'eaux minérales. Si ce projet de loi n'avait pas été rejeté par la chambre des pairs, il aurait fait un grave échec à la jurisprudence du conseil d'État. Si les changements que je propose étaient adoptés, je crois qu'on ne verrait pas se produire cette tendance hostile à la jurisprudence administrative, qui s'infiltre jusque dans le corps législatif. Pour en être convaincu, il n'y a qu'à comparer les critiques dont le conseil d'État était l'objet sous la restauration, avec le crédit dont il jouit depuis la révolution de 1830. A quelle cause principale est due ce changement? C'est, je pense, à la publicité établie dans l'année qui a suivi cette révolution. Dans les dernières années de la restauration, le conseil d'État avait été forcé de reculer devant l'opinion publique, et de circonscrire sa propre compétence; il n'a repris tout son terrain que depuis 1830 : c'est ce que savent ceux qui se sont occupés d'étudier sa jurisprudence. J'en pourrais citer comme exemple le contentieux des marchés communaux, que le conseil d'État avait abandonné de 1824 à 1830, et qu'il n'a repris que depuis la révolution dernière.

L'expérience prouve donc que l'amélioration d'une institution, bien loin de l'ébranler, la fortifie; elle gagne en force ce qu'elle perd en étendue. La même chose arriverait, je n'en doute pas,

pour les conseils de préfecture; et voilà pourquoi je ne crains pas de réclamer les améliorations que je propose. Elles en entraîneront une autre comme corollaire : je veux parler d'une augmentation de traitement pour ces fonctionnaires. Cette augmentation deviendra nécessaire; elle est déjà commandée par les augmentations que la loi du budget pour 1847 accorde aux magistrats de l'ordre judiciaire. Quand la loi sur l'organisation et la procédure des conseils de préfecture sera faite, et que le traitement de leurs membres sera augmenté, l'institution augmentera en éclat et en considération; l'administration, loin de s'affaiblir, verra augmenter sa force et sa puissance, et les administrés trouveront des garanties qui n'existent pas aujourd'hui. En un mot, et pour appliquer une formule que j'ai développée ailleurs [1] et qui explique le progrès de la civilisation, le droit social et le droit individuel seront ici heureusement conciliés pour le plus grand bien de tous.

SERRIGNY.

De la déportation.

Par M. HANTUTE, licencié en droit.

QUATRIÈME ARTICLE [2].

Des dispositions de la législation portugaise par rapport à cette peine.

Comme nous l'avons dit plus haut, les condamnations à mort étaient souvent commuées en déportation perpétuelle par la volonté du roi. Il y avait aussi des cas où cette commutation était prononcée par la loi elle-même en faveur de certains individus. En Portugal, comme dans les autres États monarchiques, les peines différaient d'après le rang que le coupable occupait dans la société; ainsi l'homme qui, par séduction ou promesse, en-

[1] *V.* mon Traité du droit public français. Paris, Joubert, 1846.
[2] *V.* t. II, p. 296 et 428; t. III, p. 625.

gageait une fille à quitter la maison de son père, de sa mère ou de son tuteur, était, pour ce fait comme pour quelques autres, déporté en Afrique à la volonté du roi, s'il était noble; mais si le séducteur était, au contraire, d'une condition inférieure, la peine de mort devait lui être appliquée.

De même, dans presque tous les cas où la déportation était prononcée, le condamné devait être préalablement fouetté avec des cordes sur la place publique, et promené à son de trompe par la ville. Si le condamné était d'un rang supérieur, il était exempté de cette peine dégradante et subissait la déportation seule; mais sa peine était augmentée, comme on le dira plus bas. Nous voyons dans les ordonnances d'Emmanuel et de ses successeurs ce qu'on entendait par les personnes d'un rang supérieur, qui étaient affranchies de la peine du fouet, administrée autrefois aux condamnés dans tous les pays de l'Europe en général.

En Portugal, le nombre des individus jouissant de ce privilége était certainement plus considérable que partout ailleurs. On en jugera par les exceptions ci-après, qui sont indiquées et prescrites dans les ordonnances du prince dont il est question. On trouve les mêmes priviléges, à l'égard des mêmes individus, dans le recueil des ordonnances publiées ou adoptées par d'autres rois qui occupèrent après lui le trône de Portugal. La peine du fouet ne pouvait être administrée aux écuyers des prélats ou des grands du royaume, quoique les prélats ou les grands ne se fissent pas accompagner par un écuyer à cheval, ou encore quand même le cheval eût appartenu à l'écuyer ou à son seigneur. Elle ne pouvait l'être non plus aux valets des écuries du roi, de la reine, des infants, des princes, des ducs, des marquis, des grands-maîtres des ordres de chevalerie, des prélats, des comtes ou des conseillers du roi; aux pages des nobles reconnus tels par lettres patentes du roi, aux juges et échevins, à leurs fils, aux procureurs et conseillers des villes, aux officiers de marine, aux pilotes des navires portant huniers, soit qu'ils montassent des vaisseaux du roi ou de 100 tonneaux et au-dessus, encore qu'ils ne fussent pas au service du roi. Étaient pareillement exempts de subir cette peine les frères de lait des conseillers ou des nobles du royaume, les individus pouvant prouver

qu'ils avaient toujours dans leurs écuries un cheval de selle, et cela quoiqu'ils fussent de la classe des gens du peuple; enfin les commerçants possédant un capital de 100 mille réaux et au-dessus [1].

Les individus qui, se trouvant dans les catégories ci-dessus, étaient exemptés de la peine du fouet avant d'être déportés, voyaient leur condamnation augmentée d'une année quand ils étaient condamnés à temps; s'ils étaient déportés à vie, la peine du fouet était remplacée d'une autre manière : on promenait le coupable par la ville avec une chaîne au pied. Toutefois ces commutations de peine n'avaient pas lieu pour les coupables des crimes de sodomie, de lèse-majesté, de faux témoignage, de subornation de témoins, de fausse monnaie, de vols, de faux, de sorcellerie ou d'excitation à la débauche. Pour ces crimes, il ne pouvait être fait aucune exception, et les individus qui s'en rendaient coupables devaient, quel que fût leur rang, être punis de la même manière que les gens de la classe inférieure. Il existait aussi des distinctions à l'égard de quelques personnes que la législation portugaise exemptait de la torture [2], des fers ou de la prison, sauf pour des crimes emportant mort civile ou naturelle [3].

La déportation à perpétuité était prononcée dans les cas ci-après, qu'on doit citer pour donner une idée de la législation criminelle de cette époque : Le mari qui favorisait l'adultère de sa femme; les voituriers, muletiers ou bateliers qui laissaient détériorer ou abandonnaient les grains qui leur étaient confiés; les avocats ou procureurs qui se chargeaient des intérêts des deux parties ou trahissaient leurs secrets; les individus qui pénétraient

[1] Ordonnances d'Emmanuel, liv. V, tit. 40. — Les mêmes dispositions se trouvent dans le recueil des ordonnances de Philippe Ier de Portugal (IIe de Castille) publiées en 1583, et aussi dans la publication des mêmes ordonnances confirmées par Jean IV en 1643, liv. V, tit. 139.

[2] Les nobles, les chevaliers, les docteurs en théologie, en droit et en médecine, reçus par l'Université, les juges et les échevins des villes, ne devaient pas être mis à la question, mais recevoir quelque autre peine au choix du juge. On exceptait de ce privilége les hommes qui s'étaient rendus coupables du crime de lèse-majesté, de sodomie et autres désignés ci-dessus. Pour ces crimes, il n'y avait aucune distinction entre les condamnés.

[3] Ordonnances d'Emmanuel, liv. V, tit. 67.

la nuit dans une maison, même sans y rien voler; ceux qui cachaient ou facilitaient la fuite des condamnés; la fabrication de cartes ou de dés faux, quand ils avaient servi à gagner vingt cruzades et au-dessus; la concussion d'une valeur de six mille réaux et au-dessus; la violation du secret des lettres ou des dépêches adressées au roi ou à la reine, quand l'auteur de ce crime n'avait pas divulgué le secret desdites lettres (autrement il était condamné à mort); l'exportation de grains, de troupeaux ou bestiaux, de farine, de cuir, d'or, d'argent, de chevaux et d'armes; la vente ou la construction d'embarcations à l'étranger; l'infraction aux règlements relatifs aux établissements de la Guinée; la mise en circulation de cinq cents réaux de fausse monnaie, sachant qu'elle était fausse; l'altération des monnaies, quand elle avait été de moins de mille réaux; la destruction de bestiaux, troupeaux ou arbres à fruits, quand le dommage était évalué à trente cruzades et au-dessus; le commerce de la prostitution des femmes ou des filles, les coups de couteau à la figure. Au nombre des crimes qui étaient punis de la déportation à perpétuité, il faut encore indiquer la contravention de la femme qui, condamnée pour avoir favorisé la prostitution, avait négligé de se conformer aux dispositions de l'arrêt qui lui enjoignait de porter une espèce de voile rouge.

Quant à la durée de la déportation, elle était fixée par le roi dans les cas ci-après : l'infraction à la défense faite aux chrétiens de tous rangs de se rendre dans aucune des villes, bourgs ou villages habités par les Maures du royaume de Fez, sans une permission expresse du roi; la violation du secret des lettres adressées aux infants, aux ducs, marquis, comtes, prélats et grands maîtres des ordres de chevalerie. De même en ce qui concerne les souteneurs de mauvais lieux, que la législation pénale mettait alors au rang des criminels. La déportation, dont la durée fixée par les ordonnances était d'un an à dix, suivant la gravité des cas, était appliquée à une foule de délits et même de contraventions. On remarque que cette peine était prononcée contre l'homme qui prenait des habillements de femme et contre la femme qui prenait des vêtements d'homme. On punissait aussi de la déportation à temps les conseillers, les offi-

ciers de justice des tribunaux, les avocats, procureurs, notaires, greffiers ou huissiers, qui avaient eu des privautés avec les femmes que des affaires amenaient devant eux à raison de leurs fonctions; leur peine était fixée à une année de déportation. Les délits de chasse étaient punis de deux ans de déportation, et le vagabondage d'une année de la même peine.

Sous les successeurs d'Emmanuel, les condamnations à la déportation devinrent de plus en plus fréquentes; la peine du fouet ou de la mutilation des oreilles pouvait être commuée en celle de la déportation, par les conseillers de la cour suprême connue sous le nom de *casa da supplicação* [1].

Parmi les villes affectées au séjour des condamnés à la déportation par la législation de cette époque, se trouvait Ceuta, sur la côte septentrionale de l'Afrique. C'est dans cette ville qu'étaient relégués pour y subir leur peine certains condamnés à temps. Parmi les déportés auxquels le séjour de cette ville était assigné, on remarquait ceux qui avaient été condamnés pour violation du secret des lettres adressées aux infants ou aux autres personnes de qualité indiquées plus haut. Comme on l'a dit, la durée de leur peine dépendait de la volonté du roi. Les coupables de détention arbitraire y étaient déportés pour cinq ans; ceux qui avaient calomnié auprès du roi d'autres individus, et ceux qui avaient enlevé des bornes sans le consentement des parties ou de la justice, de même que ceux qui avaient fait usage de faux en écriture ou produit de faux témoins, étaient déportés à Ceuta pour deux ans; tout individu qui avait introduit, fabriqué ou vendu des cartes à jouer dans quelque partie du royaume, y était également relégué, mais pour un an seulement.

Un rocher qui a appartenu successivement aux puissances maîtresses de la mer, et qui depuis a été fameux par la déportation d'un grand homme, l'île de Sainte-Hélène, paraît avoir été assigné comme séjour aux déportés, depuis le moment où il fut découvert par Juan de Noya (en 1502) jusqu'au moment où les Hollandais l'enlevèrent aux Portugais. Ce fut dans cette île que le capitaine Fernand Lopez, qui était au nombre des prisonniers

[1] Ordre du roi Sébastien du 8 avril 1564.

que la capitulation de Benasterim fit tomber entre les mains de d'Albuquerque, finit ses jours après avoir été mutilé d'une horrible manière par ce vice-roi des Indes, comme nous l'avons dit plus haut. Les ordonnances d'Emmanuel désignaient l'île de Sainte-Hélène comme lieu de déportation assigné à certains criminels. On y déportait pour la vie celui qui portait un coup de couteau à la figure[1]; la même peine frappait celui qui n'avait pas observé les règlements relatifs au commerce avec la Guinée[2]. Les pilotes, les maîtres des navires ou les marins qui prenaient du service à bord des bâtiments armés hors du royaume, étaient déportés pour quatre ans à Sainte-Hélène[3]. Cette dernière peine a été plus tard changée en cinq années de déportation au Brésil, en vertu d'une décision royale[4].

Les îles du Prince et de San-Thomé étaient destinées à la déportation à vie ou à cinq ans au moins; l'île d'Annobon est aussi mentionnée une seule fois comme lieu de déportation à vie. Ces îles, situées sur la côte occidentale de l'Afrique, étaient des plus insalubres. La déportation au Brésil ne devint en usage qu'après le règne d'Emmanuel[5] et quand l'inquisition fut établie en Portugal; alors aussi on commença à déporter dans les Indes orientales; les condamnés qu'on envoyait dans ces établissements lointains étaient ceux qui s'étaient rendus coupables des plus grands crimes; souvent même des condamnés à mort, déportés à vie par commutation de peine, étaient envoyés dans ces pays éloignés et longtemps peu connus.

Les jugements portant condamnation à la déportation cessèrent bientôt d'indiquer la ville ou l'établissement d'Afrique dans lequel les déportés devaient résider, parce que souvent on manquait de moyens de transport pour le lieu désigné au criminel; on

[1] Ordonnances d'Emmanuel, liv. V, tit. 10, § 7.

[2] *Ibid.*, liv. V, tit. 112, § 3.

[3] *Ibid.*, liv. V, tit. 98.

[4] Archives royales da Torre do Tombo, armoire 11 du nouveau bâtiment de la couronne, liasse 1re de lois et règlements non compris dans les Codes, n° 11 (couvent de San-Bento), d'après José Anastasio de Figueiredo, *Synopsis chronologica*; 2 vol. in-4°. Lisbonne 1790.

[5] Un ordre du roi, daté du 31 mai 1535, prescrivit de déporter au Brésil les condamnés qu'on envoyait d'ordinaire à l'île de San-Thomé. Un autre ordre, daté du 5 octobre 1549, prescrivit de donner la même destination à ceux qu'on reléguait à l'île du Prince. La législation postérieure a admis ces changements.

adopta en conséquence l'usage de condamner à être déporté dans l'un des établissements d'Afrique. Les îles du Cap-Vert étaient comprises dans ces établissements; elles ont conservé jusqu'aujourd'hui cette destination. C'est là que, pour les délits sans gravité, on déporte les condamnés qui ne doivent subir qu'une relégation de quelques années.

Les capitaines et les pilotes des navires sur lesquels on embarquait des déportés devaient se faire remettre, par les officiers de justice ou par les gouverneurs des lieux où ils déposaient ces condamnés, des certificats authentiques constatant qu'ils avaient fait le dépôt des hommes qu'on leur avait confiés. Ces pièces devaient être remises à l'autorité dans les huit jours du retour du navire, à peine d'une amende qui variait suivant le lieu fixé pour le débarquement des déportés.

Les individus condamnés à payer une amende et qui, au bout d'une année, ne s'étaient pas libérés, étaient déportés à l'île de San-Thomé; ils y étaient retenus jusqu'au payement des frais à leur charge. De même ceux qui devaient être déportés à temps aux établissements d'Afrique, et qui se trouvaient dans l'impossibilité d'acquitter les frais, les amendes ou les réparations pécuniaires adjugées à la partie adverse par la sentence criminelle, étaient également déportés à l'île de San-Thomé ou à celle du Prince. On leur comptait une année de séjour dans l'une de ces îles pour deux années aux établissements d'Afrique; toutefois, aussi longtemps qu'ils n'avaient pas entièrement payé les sommes à leur charge, ils étaient retenus dans les îles ci-dessus nommées. Les déportés à perpétuité aux établissements d'Afrique étaient envoyés d'abord aux îles de San-Thomé ou du Prince, jusqu'à ce qu'ils eussent payé tous les frais que la condamnation avait mis à leur charge; après qu'ils s'étaient ainsi libérés, on les déportait au lieu désigné pour leur déportation.

Toutes les sommes que gagnaient les déportés dans les lieux où ils subissaient leur peine devaient, de quelque nature que fût leur condamnation, à temps ou à vie, être remises aux surintendants, qui avaient ordre d'en faire passer le montant dans la métropole. Les sommes envoyées ainsi devaient être remises à qui de droit, c'est-à-dire aux personnes qui, par la condam-

nation des déportés, étaient appelées à profiter du produit de leur travail [1].

Dans une de ses ordonnances [2] qui n'ont pas été classées dans le recueil qu'il en a publié, mais qu'on trouve dans la collection désignée en Portugal sous le nom de *Compilação das leis extravagantes* [3], Emmanuel avait prescrit que les criminels trop vieux pour être déportés fussent relégués dans certaines villes du royaume qu'on désignait sous le nom de *coutos*. On s'est servi de ce mot pour désigner les asiles qui ont été longtemps accordés aux criminels, et aussi les lieux soumis à la justice seigneuriale; les lexicographes ne lui ont pas donné la signification de lieu de relégation, qu'il doit avoir pourtant d'après les lois portugaises qui emploient ce mot dans ce sens, de même que des écrivains portugais, entre autres Emmanuel Alvares Pegas, dans ses commentaires sur les ordonnances de ce royaume [4]. Parmi les villes qui avaient cette destination, on citait Arronches et Mertola, toutes deux situées dans l'Alentejo, et Castro-Marim, dans le royaume d'Algarve, presque à l'embouchure de la Guadiana, au milieu des marais. Les condamnés qui étaient relégués dans ces villes portaient des chaînes, mais ceux qui étaient d'une classe supérieure portaient la chaîne au pied et non pas au cou. Cette distinction existait également pour les condamnés à la déportation qui étaient envoyés hors du royaume; elle subsista pendant longtemps [5] pour ces derniers, même après la suppression des *coutos*.

C'était aussi dans ces forteresses qu'on envoyait les condamnés aux galères qui, étant trop vieux ou infirmes, ne pouvaient faire le service. L'extension donnée à la déportation fit supprimer l'usage d'envoyer les malfaiteurs dans ces lieux [6]; Castro-

[1] Ordonnances d'Emmanuel, liv. V, tit. 110.

[2] Ordonnance du 15 juin 1502.

[3] Duarte Nunez de Leão, *Compilação das leis extravagantes collegidas per mandado d'elrei dom Sebastiam*, 1re partie, tit. 22; 1 vol. in-4°. Lisboa, 1569.

[4] Emmanuelis Alvarez Pegas, *Commentarii ad ordinationes regni Portugaliæ*, 4 vol. in-fol. Ulissipone, 1671. *V.* le t. II, liv. Ier, tit. 3, § 11.

[5] *Carta de lei d'elrei D. Manoel* du 30 octobre 1514. — Cette disposition se trouve aussi dans les lois de Philippe Ier et de Jean IV, liv. V, tit. 14, § 8.

[6] Ordre du 22 novembre 1525 qui supprime la relégation à Arronches; autre du 19 mai 1535 pour Mertola.

Marim conserva seule cette destination jusqu'à la fin du XVII[e] siècle (1698). Le commentateur des lois portugaises, E. A. Pegas, dont nous avons parlé, dit que cette ville avait conservé cette destination parce qu'elle était exposée aux excursions des Maures [1]. On n'envoyait à Castro-Marim que les criminels condamnés pour des faits qui n'étaient pas graves; les relégués dans cette ville pouvaient demander à faire dans les établissements d'Afrique la peine à laquelle ils étaient condamnés; dans ce cas, elle était abrégée de moitié.

Les relégués à Castro-Marim qui s'évadaient de cette ville subissaient, pour la première et la seconde fois, une peine double en durée, et pour la troisième fois ils étaient déportés dans les possessions d'outre-mer à la volonté du juge; telle était la jurisprudence de la cour dite *casa da supplicação* à laquelle appartenait en dernier ressort la connaissance des jugements portant relégation ou déportation. Les déportés dans les établissements de la côte d'Afrique qui s'étaient évadés étaient envoyés à l'île du Prince et à celle de San-Thomé, et voyaient doubler la durée de leur première condamnation; s'ils étaient déportés à vie, ils encouraient la peine de mort.

Quand plus tard le Portugal passa sous la domination espagnole, on vit des condamnés à la déportation envoyés en Flandre pour y servir dans l'armée espagnole; il paraît même que la cour qu'on désigne sous le nom de *casa da supplicação* ordonnait que le condamné serait déporté pour servir dans cette partie de l'Europe qui appartenait alors aux Espagnols, et que sa peine serait abrégée de moitié [2].

On déportait les malfaiteurs dans les lieux nouvellement soumis à la couronne où la population manquait, et quand cela offrait d'autres avantages ou plus de facilité. On avait déporté des femmes aux îles du Cap-Vert et à San-Thomé pour faire disparaître autant que possible une race de mulâtres qui existait dans ces iles. Par suite de ce système, on pardonnait des fautes légères

[1] « . . . . Maurorum expositum excursionibus et ideò exiliis destinatum, in levioribus tamen casibus. » (E. Alvarez Pegas, t. II, liv. I[er], tit. 3, § 2.)

[2] *Dos assentos, decretos e repertorios dos livros das leis extravagantes do anno* 1609 *em diante, que estão na casa da supplicação.* — Vide Em. Alvarez Pegas, *Comment. ad ordinat. regni Portugaliæ*, t. IV, tit. 35, cap. 3.

quand on pouvait, sans scandale, imposer aux délinquants l'obligation de s'embarquer pour l'Inde [1].

L'archevêque de Lisbonne et les cours ecclésiastiques du royaume condamnaient, comme les cours de justice, à la déportation. Sous le règne de Jean III, après l'introduction de l'inquisition qui eut lieu en 1526 dans ce royaume, les victimes de ce tribunal redoutable, qui échappèrent aux *auto da fe*, furent déportées comme les plus grands criminels. Alors la moindre négligence ou le moindre oubli des devoirs prescrits, non pas par l'Église, mais par le saint office, était puni de la déportation à vie dans les lieux les plus éloignés, considérés comme les moins favorisés par la nature. Deux vaisseaux partaient tous les ans de Lisbonne et transportaient au lieu de leur destination les victimes de cet odieux tribunal, dont le nombre a été évalué à quatre ou cinq cents par année. Ils étaient confondus pêle-mêle avec les plus grands scélérats du royaume.

L'intolérance et le fanatisme plaçaient alors au rang des plus grands crimes jusqu'au soupçon qu'on pouvait avoir qu'un juif converti pensait à retourner à la religion de Moïse. Les descendants des Israélites qui avaient embrassé le christianisme, et qu'on désignait sous le nom de *nouveaux chrétiens* [2], ont été pendant fort longtemps en butte à la plus arbitraire déportation. Les tribunaux ecclésiastiques se sont montrés à leur égard d'une extrême sévérité, et peu d'accord avec les principes qui font la base de la religion du Christ. Au reste, l'inquisition a fait moins de victimes en Portugal qu'en Espagne, parce qu'en Portugal on

[1] *Assentos*, etc., et Pegas, *ubi suprà*.

[2] Les persécutions dont les *nouveaux chrétiens* ont été l'objet n'ont pas été justifiées par les missionnaires qui les ont vus aux lieux de leur déportation. Un capucin, missionnaire apostolique au Congo en 1682, nous apprend qu'alors encore les *nouveaux chrétiens* qu'il a vus dans cette province, dépendante du Portugal, étaient sous le poids d'une accusation qui ne lui paraissait pas fondée. Après avoir dit que ces condamnés se rendaient surtout coupables d'un crime qu'il ne nomme pas pour ne pas choquer les oreilles chastes, le P. Merolla reconnaît qu'ils fréquentaient le plus les églises et qu'ils donnaient le plus aux couvents et aux pauvres (Voyage du P. Jérôme Merolla, de Sorrento, capucin et missionnaire apostolique au Congo ; Churchill, *Collection of travels*, 6 vol. in-fol., t. Ier). Un autre missionnaire, le P. Labat, déclare que les descendants des juifs avaient toute l'apparence de chrétiens, qu'ils avaient une église particulière et un couvent (Le P. J.-B. Labat, de l'ordre des frères prêcheurs, Nouvelle relation de l'Afrique occidentale, 5 vol. ; Paris, 1728, t. V, chap. 1er).

brûlait rarement les condamnés, on les déportait. La politique du gouvernement voulait la conservation des hommes qui pouvaient encore être utiles aux colonies. En Espagne, la population étant plus considérable, la vie des hommes avait moins de valeur; aussi remarque-t-on le grand nombre des victimes du saint office dans ce pays. Il s'éleva, pendant l'espace de quatorze ans que Torquemada y fut inquisiteur général, à cent mille personnes, dont six mille furent condamnées au feu [1].

Les navires partant pour les lieux où les déportés étaient relégués devaient indiquer le jour de leur départ au commandant de la tour de Bethléem, dans le Tage. On plaçait à bord quelques-uns des condamnés qui étaient restés dans les prisons le temps voulu par les lois pour payer les frais ou autres dépenses à leur charge; le délai qui leur était accordé pour payer était ordinairement d'une année. Les pauvres seuls, qui étaient à charge à l'hôpital de Lisbonne, partaient deux mois après leur jugement prononcé. Un ordre du roi Sébastien, du 26 octobre 1561, prescrivit, dans certains cas de ne pas prononcer de peine pécuniaire contre les pauvres dont l'hôpital avait pris la charge. Il a été dit ailleurs que, pour le payement des frais, amendes, et autres sommes considérées comme faisant partie des condamnations, les déportés restaient un an enchaînés dans les prisons; ce délai passé sans qu'ils se fussent acquittés, ils étaient dirigés sur les lieux considérés comme les plus défavorablement situés, soit à cause de la distance, soit à cause du climat, et leur séjour devait s'y prolonger jusqu'au payement des sommes à leur charge.

Avant le règne du roi Sébastien, il n'avait été pris aucune mesure pour opérer le transport des condamnés à la déportation de l'intérieur du royaume dans les prisons de Lisbonne, non plus que pour leur embarquement à la destination des lieux où ils devaient subir leur peine. Pour éviter les inconvénients de cet état de choses, il fut arrêté qu'il y aurait dans la prison de Lisbonne connue sous le nom de *Limoeiro* un bâtiment exclusivement consacré à renfermer les condamnés à la déportation. On y ad-

[1] Marsollier, Histoire de l'inquisition, 1 vol. in-12, 1693. — Ce fut Torquemada qui sollicita le roi et la reine d'Espagne d'établir, en 1483, l'inquisition dans ce pays.

mettait tous les condamnés qui devaient quitter le Portugal, soit qu'ils fussent condamnés par les tribunaux séculiers, soit qu'ils le fussent par les tribunaux ecclésiastiques.

Sébastien se montra plus qu'aucun autre disposé à modérer les peines réservées aux criminels; nous ne déciderons pas s'il agit par l'impulsion de ses sentiments naturels ou par suite des projets qu'il méditait contre les Maures, et dans l'exécution desquels il perdit la vie avec l'élite de la population portugaise. Quoi qu'il en soit, il résulte de diverses lois de ce prince, et notamment de celles du 2 novembre 1564 et du 20 juillet 1568, que des magistrats pouvaient à certaines conditions remettre les peines.

Alors comme sous l'empire des lois barbares, on se rachetait au moyen de compositions des crimes commis, des blessures faites et aussi des peines qui avaient été prononcées. Les magistrats d'une cour de justice, connus sous le nom de *desembargadores do paço*, accordaient le pardon moyennant certaine somme. Ainsi, pour l'adultère simple on payait 3,000 réaux. Chaque crime avait, pour ainsi dire, son tarif; on en jugera par ce qui suit, emprunté à un recueil publié sous le règne de Sébastien [1] : La perte de doigts de la main était de 3,000 réaux; de doigts de pied, 1,000 réaux; de la main droite entière, 10,000 réaux; de la main gauche, 8,000; du bras droit, 12,000; du bras gauche, 10,000; du pied droit ou du pied gauche, 8,000; d'une oreille, 2,000. Moyennant 3,000 réaux par chaque année de la peine de la relégation dans les lieux désignés sous le nom de *coutos*, on obtenait la remise de cette condamnation. Pour la déportation aux établissements d'Afrique, on payait 4,000 réaux par année de la peine remise. Quelquefois la somme était laissée à l'arbitraire du juge, selon la qualité des personnes, comme lorsqu'il s'agissait de la peine du fouet, de la promenade du criminel à son de trompe par la ville, de la peine des galères, de la déportation au Brésil, à l'île du Prince ou à celle de Saint-Thomas. Dans plusieurs cas, la somme fixée pour la remise de la peine était en partie destinée à des œuvres de charité.

HANTUTE.

[1] Duarte Nunez de Leão, *Leis extravagantes collegidas per mandado d'el-rei dom Sebastiam*, 1re part. tit. 4, leis 1 et 4; 1 vol. in-fol. Lisboa, 1569.

PREMIERS ESSAIS DE PHILOSOPHIE DU DROIT ET D'ENSEIGNEMENT MÉTHODIQUE DES LOIS FRANÇAISES; par M. Oudot, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Compte rendu par M. E. BONNIER, professeur à la Faculté de droit de Paris.

On commence de nos jours à parler beaucoup de *philosophie du droit*, et à réclamer l'importation en France d'un genre d'études dont l'Allemagne semble avoir eu jusqu'ici le monopole. La métaphysique et le droit ne peuvent que gagner respectivement à cette alliance. La première de ces sciences, soumise à l'épreuve de l'application, sera en mesure de répondre au reproche qu'on lui a si souvent adressé de s'absorber dans des spéculations inutiles : *multa philosophi proponunt*, dit Bacon, *dictu pulchra, sed ab usu remota.* Le droit, de son côté, en prenant pour bases de ses décisions des notions générales, puisées dans l'étude de l'esprit humain et dans l'observation des faits sociaux, se justifiera de l'accusation portée aussi bien souvent contre les légistes [1], d'obéir à des tendances étroites et de sacrifier l'esprit à la lettre.

Mais si la philosophie du droit est une mine féconde, il faut convenir qu'elle n'est pas facile à exploiter. D'un côté, on rencontre rarement chez les métaphysiciens des connaissances étendues et solides en jurisprudence. D'un autre côté, peu de jurisconsultes prennent la peine d'étudier par eux-mêmes les questions philosophiques. De nos jours surtout, la codification, qui a donné chez nous une vive impulsion aux études exégétiques, n'a pas peu contribué à détourner les esprits de la recherche des théories générales. On commence toutefois, il faut le dire, à ne plus éprouver une vénération aussi scrupuleuse pour le texte de nos Codes : d'importantes réformes sont à l'étude; et, soit que l'on examine la valeur intrinsèque de nos lois

[1] Rabelais dit en parlant des glossateurs (Pantagruel, liv. II, ch. X) : *Vu que les lois sont extirpées du milieu de philosophie morale et naturelle, comment l'entendront ces fols qui ont par Dieu moins estudié en philosophie que ma mule?*

au point de vue scientifique, soit que l'on considère les changements qui se sont opérés dans la constitution économique du pays, soit que l'on se préoccupe des doctrines sociales qui s'attaquent en plus d'un point aux bases mêmes de notre législation, on sent le besoin de ne plus accepter aveuglément ce qui existe et de remonter aux principes générateurs du droit.

Il appartenait à l'école de Paris, qui jadis donna la première le signal du mouvement exégétique, de prendre aujourd'hui l'initiative des études philosophiques appliquées au droit : tous ceux qui forment des vœux sincères pour les progrès de la science ne peuvent qu'applaudir à la généreuse tentative que vient de faire M. Oudot, en publiant de *premiers essais de philosophie du droit et d'enseignement méthodique des lois françaises.* Par ce titre modeste d'*essais* l'auteur indique dès l'abord combien il est pénétré lui-même de la grandeur et de la difficulté du sujet qu'il n'a pas craint d'aborder. Il n'a pas eu d'ailleurs l'intention de se livrer à une discussion approfondie, mais seulement de poser les premiers jalons dans la voie nouvelle qu'il s'efforce d'ouvrir à la science du droit.

Nous ne voulons point entrer dans les nombreuses questions de détail que renferme ce livre remarquable, dont le plan a déjà été indiqué dans la *Revue* [1]. Nous nous proposons seulement de faire ressortir les données fondamentales qui constituent l'originalité du système de l'auteur.

Dès le point de départ on peut apprécier l'ordre d'idées auquel appartient cet ouvrage. Il débute en effet par une définition caractéristique. « La jurisprudence [2], ou la science du droit, est » la science de la direction des actions humaines au point de » vue du juste ou de l'injuste. » Cette définition semble confondre la jurisprudence avec la morale. La direction des actions humaines est-elle donc tout entière du domaine du jurisconsulte? Faut-il rejeter l'ancienne distinction des *devoirs parfaits* qui doivent être sanctionnés par la loi, et des *devoirs imparfaits* qui doivent être *abandonnés à la conscience de chacun?* Il existe aujourd'hui une école diamétralement opposée à celle de certains

[1] Numéro de juillet, Bulletin bibliographique, p. 25.
[2] P. 11.

économistes qui regardaient un gouvernement comme un *ulcère*, école suivant laquelle il faudrait donner, au contraire, une part immense à l'action gouvernementale. Cette école conçoit le pouvoir social comme n'étant pas seulement chargé de maintenir l'ordre extérieur, mais comme étant appelé à une bien plus haute mission, celle de faire régner la justice sur la terre. Telle a été en effet la pensée des époques où ceux qui gouvernaient la société étaient pénétrés d'une forte conviction religieuse ou politique, qui était le principe dirigeant de toute leur conduite. « La puissance, » écrivait le pape Grégoire le Grand à l'empereur Maxime, « vous » a été accordée d'en haut, afin que la tendance vers le bien » soit aidée, que les voies du ciel soient élargies, et que le » royaume de la terre serve le royaume du ciel [1]. » Cette même propension à faire du gouvernement le propagateur des idées morales se retrouve dans les époques d'élan révolutionnaire. C'est pour cela que de nos jours ceux qui voudraient changer l'organisation de la société sont généralement les plus disposés à envisager d'une manière très-large la mission du pouvoir social. Certes M. Oudot est loin de marcher sur les traces de Fourier et de prêcher une réforme radicale. Il est trop homme de sens et d'expérience pour vouloir faire table rase de tout ce qui a existé jusqu'à nos jours, afin de reconstruire l'humanité d'après un type imaginaire. Il y a toutefois dans son livre, on ne saurait se le dissimuler, et ce fait seul suffirait pour prouver que la Faculté de droit de Paris ne vit pas aussi isolée qu'on l'imagine, un reflet bien marqué des doctrines socialistes. Dans ses vœux de progrès pour l'avenir, c'est à l'action gouvernementale qu'il fait appel plutôt qu'à l'action libre des forces individuelles. Enfin, ce qui est bien remarquable, c'est sur *l'égalité* qu'il fait reposer tout l'édifice du droit.

Il y a longtemps qu'on a reproché aux Français de préférer l'égalité à la liberté, et d'accepter volontiers un régime despotique, pourvu qu'il soit le même pour tous. Peut-être l'idée de M. Oudot, qui voit dans l'égalité le principe unique de la juris-

[1] *Ad hoc potestas cœlitus data est, ut qui bona appetunt adjuventur, ut cœlorum via largius pateat, ut terrestre regnum cœlesti regno famuletur* (S. Greg., lib. II, epist. 62).

prudence, n'est-elle pas tout à fait exempte de ce reproche. Nous préfèrerions pour notre compte l'ancienne formule que nous a léguée la révolution française : *liberté, égalité*. Le premier de tous les principes sur lesquels doit reposer la société dans l'âge de l'humanité où nous vivons, c'est le libre développement des facultés de l'homme. Les sacrifices qu'impose à chaque indidividu l'état social sont eux-mêmes des moyens de servir ce libre développement; et cette pensée qu'on a souvent critiquée faute de la comprendre : *l'impôt est le meilleur placement*, peut s'appliquer à toutes les restrictions imposées au droit de chacun pour l'utilité commune. L'égalité n'est que la mesure de l'action sociale. L'idée première, c'est le développement progressif; l'idée seconde, c'est l'égalité dans ce développement. Hâtons-nous de le dire toutefois, la pensée de M. Oudot paraît plus radicale à raison de l'expression dont il la revêt, qu'elle ne l'est en réalité. L'égalité dont il entend parler n'est pas l'égalité absolue, qui nous conduirait tout droit, non pas au socialisme, mais au communisme. Il ne s'agit que de l'égalité proportionnelle, ou de la justice distributive, ainsi que l'auteur le déclare expressément. Puisque telle est son idée, nous pensons qu'elle serait mieux rendue s'il adoptait une définition du droit, qui, pour être l'œuvre non d'un jurisconsulte, mais d'un illustre poëte, ne nous en paraît pas moins remarquable. Suivant Dante, le droit est l'ensemble des rapports réels et personnels de l'homme avec l'homme, à l'observation desquels est attaché le maintien de l'ordre social : *jus est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quæ servata servat societatem* [1]. Ce n'est donc pas avoir tout dit que d'avoir pris pour base l'égalité. Puisque l'égalité réclamée n'est que proportionnelle, il faut rechercher quelles sont ces proportions dont parle Dante, c'est-à-dire établir les véritables rapports de l'homme avec l'homme dans l'état social, rapports qui impliquent forcément des inégalités de condition. Il n'est plus permis aujourd'hui de répéter les éloquentes déclamations de Rousseau contre ces inégalités, et d'engager l'homme à rentrer, pour s'en préserver, dans l'état sauvage,

[1] *De monarchiâ*, lib. II.

où il se trouverait par le fait soumis à l'empire de l'inégalité la plus grossière, celle des forces physiques. Le véritable problème consiste à rechercher jusqu'à quel point ces inégalités sont justifiées par les services qu'elles rendent au progrès de la communauté. C'est ce problème que nous livrons aux méditations des écrivains consciencieux qui, comme M. Oudot, allient à des connaissances solides en jurisprudence l'intelligence des hautes questions sociales.

« A l'appui du principe d'égalité, ajoute l'auteur [1], voici venir » maintenant le sentiment de charité pour en favoriser l'appli- » cation et la rendre douce. » Ici nous retrouvons encore la tendance à confondre les principes du droit avec les doctrines morales et religieuses. Hâtons-nous de le déclarer, cette tendance est une généreuse protestation contre l'égoïsme malheureusement trop commun dans tous les siècles, elle fait honneur aux sentiments de celui qui en est si profondément pénétré. Mais nous pensons que notre honorable collègue s'est laissé entraîner trop loin par cette bienveillance qui fait le fond de son caractère, et qui respire à chaque page de son livre. D'abord le droit impose à l'homme des sacrifices, sans doute, mais ces sacrifices sont limités à ce qu'exige la conservation de la société [2]. Les devoirs vers lesquels nous porte la charité sont les bonnes actions proprement dites : celles-là n'ont rien à démêler avec les lois, elles sont du ressort de la morale privée. D'une autre part, ne parler que des devoirs de l'homme, c'est n'envisager qu'une face de la question. Si la jurisprudence nous enseigne nos devoirs envers autrui, elle nous fait connaître nécessairement aussi les moyens de faire respecter nos droits. Or ici, à moins de dire : charité bien ordonnée commence par soi-même, il n'y a rien qui ressemble à la charité. La charité chrétienne nous conseillerait au contraire de donner notre manteau à celui qui vient nous prendre notre habit, tandis que le droit nous indique la manière d'agir en revendication et de faire punir le voleur. Nous devons sans doute chercher de tous nos efforts à propager le sentiment

[1] P. 56.

[2] *Quæ servata servat societatem*, dit très-bien Dante dans la définition que nous avons citée.

de fraternité entre les hommes ; mais le meilleur moyen d'y parvenir ce n'est pas une coaction émanée de la loi, c'est l'association libre et spontanée des forces individuelles. Sans repousser dans tous les cas l'intervention de l'État, nous craignons qu'il n'y ait quelque danger à poser en principe la charité légale, qui rappelle trop la *taxe des pauvres* dont les effets ont été si désastreux en Angleterre.

On voit que, si M. Oudot donne suivant nous une base trop large à la science du droit, c'est qu'il obéit à des tendances généreuses qui lui font peut-être dépasser le but pour vouloir l'atteindre trop promptement. Mais, quelque opinion que l'on ait sur le principe générateur du droit, il est impossible de lire sans le plus vif intérêt les pages des *Premiers essais* qui sont consacrées à une classification méthodique des matières de l'enseignement juridique. Rien ne jette plus de jour sur une science qu'une bonne classification. Si les tableaux encyclopédiques tracés par Bacon, par d'Alembert, et de nos jours par Ampère, ont été considérés comme de véritables services rendus au progrès des connaissances humaines, il n'est pas moins utile de reprendre chaque science en particulier, afin de déterminer le rang et l'importance des divers éléments qui la constituent. En droit comme en philosophie, que de malentendus engendrés par l'usage d'expressions employées vaguement, sans aucune intelligence précise des idées auxquelles correspondent ces expressions ! Combien d'écrivains, et de ceux qui sont le plus à la mode, nous parlent de *droit civil*, de *droit privé*, de *droit politique*, de *droit public*, etc., et seraient fort embarrassés s'il leur fallait expliquer au juste ce que c'est que le droit civil, le droit privé, le droit public, etc. ! M. Oudot a bien mérité de la science en essayant de jeter du jour sur toutes ces dénominations par une analyse approfondie. Les développements lumineux qu'il donne sur les diverses applications du droit à l'état, à la famille, à la propriété, aux relations internationales, ouvrent un horizon nouveau à l'esprit, et la classification ingénieuse que propose l'auteur semble ressortir de la nature même des choses. C'était là le but essentiel du livre, et nous le devons dire, il a été complétement atteint. Ceux mêmes qui n'adopteraient pas toutes les parties de cette classification ne

sauraient méconnaître qu'elle présente une immense utilité pour éclairer les questions obscurcies trop souvent par l'emploi d'un langage inexact ou équivoque. La nécessité de ne pas se payer de mots, mais d'aller au fond des choses, a été si bien sentie par M. Oudot que cette conviction lui a dicté les pages les plus piquantes de son ouvrage, celles où il fait la guerre aux brocards, et où il réduit à leur juste valeur, c'est-à-dire à une niaiserie ou à une erreur, ces prétendus axiomes qu'une pédantesque ignorance se plaît à nous répéter : *Res perit domino*, *accessorium sequitur sortem rei principalis*, etc. Toujours et partout, il s'efforce de rattacher les décisions du droit à un motif élevé, et il se montre fidèle à cette maxime de Tennemann qu'il a prise pour épigraphe : « La raison tend à rattacher toute connaissance à un » principe le plus élevé, et qui ne dépend de nul autre principe. »

Après avoir essayé d'asseoir sur une base dogmatique l'enseignement du droit, soit dans ses généralités, soit spécialement en ce qui concerne la législation française, M. Oudot réclame pour le professeur la liberté de suivre dans ses leçons l'ordre le plus en harmonie avec ses convictions et avec la nature de son esprit. Sur ce point, il reproduit les observations insérées par lui dans cette *Revue*[1], à propos de l'arrêté du 22 septembre 1843, qui a établi l'unité de programme dans les Facultés de droit. Cette année encore, M. Valette, dans une lettre, trop bienveillante en ce qui concerne l'auteur de cet article pour qu'il lui soit permis d'en faire l'éloge[2], a fait toucher du doigt les vices de cet arrêté, sur lequel on ne saurait trop appeler l'attention de l'autorité universitaire. Quand on veut exercer le despotisme, il faudrait au moins savoir gouverner, et il est certain que, dans les Facultés de province comme dans celle de Paris, il n'y a qu'une voix sur la déplorable faiblesse du programme qu'on a imposé à tous comme règle uniforme en 1843. Il est vrai que celui qui l'a rédigé était, dès cette époque, préoccupé de plus hautes pensées : *Aquila non capit muscas*. La conclusion à tirer de là, c'est qu'il vaut mieux ne pas confier à un seul homme, quelque éminent qu'il soit, toute une branche de l'administration universitaire, et que,

[1] Numéro de janvier 1844.
[2] Lettre à M. Édouard Laboulaye, numéro de février 1846.

sous ce point de vue [1], la nouvelle organisation établie par M. de Salvandy dans le conseil de l'Université est un véritable progrès.

Le livre de M. Oudot se termine par une suite de lettres adressées à M. Giraud, aujourd'hui membre titulaire du conseil royal, mais qui était encore, lors de leur publication, inspecteur général de l'ordre du droit. Ces lettres sont consacrées à examiner les projets de réforme des études juridiques dont nous avons entretenu à plusieurs reprises les lecteurs de la *Revue*. Ce n'est pas le moment de revenir ici sur le danger des importations germaniques, à l'examen desquelles nous avons consacré un travail spécial [2]. Il nous suffira de dire que M. Oudot est d'accord avec nous pour repousser les changements violents, les remèdes héroïques, et pour réclamer des améliorations sages et modérées. Mais, depuis la publication de son ouvrage, un fait important s'est accompli, la réunion de la haute commission des études de droit, au sein de laquelle l'auteur lui-même a été appelé à siéger.

Si les délibérations de la haute commission, dont il a transpiré quelque chose, mais qui n'ont point été officiellement publiées, deviennent, ainsi qu'on le prétend, la base d'un projet de loi, nous nous ferons un devoir de les soumettre à un examen approfondi. En attendant, qu'il nous soit permis de faire quelques réflexions sur l'origine de cette commission, et sur l'importance qu'il convient d'attacher à ses travaux.

Notre intention n'est point de faire des épigrammes sur l'épithète de *haute commission*, dans laquelle un journal [3] a cru voir une réminiscence des pompeuses dénominations usitées dans le *céleste empire*. La question n'est point de savoir si la commission est plus ou moins haute, c'est-à-dire quel rang elle pourrait occuper dans les cérémonies publiques, au cas où elle serait appelée à y figurer. Il s'agit d'examiner de sang-froid, et en rendant toute justice aux notabilités qui en font partie, quel a été

[1] Nous faisons nos réserves quant à la juridiction qui est attribuée au conseil : peut-on voir un tribunal indépendant dans un corps dont la grande majorité n'est nommée que pour un an, et attend le maintien de ses fonctions du bon plaisir ministériel?

[2] Numéros de février et de mars 1846.

[3] L'*Univers*.

le but de son établissement, ce qu'elle est devenue aujourd'hui, et ce qu'il est permis d'en attendre.

On se rappelle que cette commission fut instituée le 29 juin 1838, lors du premier ministère de M. de Salvandy. Dans sa première composition, la magistrature y était dominante, et l'on n'y avait admis qu'un petit nombre de représentants des Facultés de droit, condamnées à l'avance par les esprits éclairés qui voulaient s'élever sur leurs ruines. Ce n'était pas sans intention que les novateurs avaient fait entrer un grand nombre de magistrats dans la haute commission. Ils espéraient exploiter la dissidence qui s'élève trop souvent, par suite de déplorables malentendus, entre la théorie et la pratique. Si depuis trente ans d'immenses progrès s'étaient accomplis dans l'enseignement du droit, les magistrats placés en dehors du mouvement des Facultés ignoraient l'existence de ces progrès, et, s'imaginant que l'enseignement était encore tel qu'ils l'avaient connu dans leur jeunesse, ils pouvaient de très-bonne foi le déclarer arriéré. C'est surtout de l'institution du concours, cette précieuse garantie contre l'influence des sollicitations et de l'intrigue, qu'on se flattait d'avoir bon marché auprès d'eux. Parce que cette garantie n'existe pas dans l'ordre judiciaire, parce que l'avancement y est complétement abandonné au bon plaisir ministériel, ce dont le public n'a guère lieu de se louer, on espérait que les membres de nos cours qui figuraient dans la commission, renouvelant l'apologue du *renard qui a la queue coupée*, verraient sans peine les Facultés de droit ramenées au même régime.

Nous aimons à croire que ces espérances ne se seraient pas réalisées. Il est vrai que M. de Salvandy présenta, en 1838, à la haute commission un exposé où les innovations les plus hasardeuses, telles que la suppression du concours, étaient présentées avec une certaine complaisance. Mais rien ne prouve que les doctrines de l'exposé eussent été adoptées par la majorité de ce corps. Quoi qu'il en soit, la haute commission perdit son importance lors de la chute du ministère dont faisait partie M. de Salvandy; elle ne donna plus signe de vie qu'en émettant son avis sur quelques questions de détail, jusqu'au moment où le portefeuille de l'instruction publique fut rendu à l'homme que les

vœux des novateurs appellent à devenir le réformateur de l'enseignement du droit.

Mais, nous avons déjà eu occasion de le reconnaître, M. le ministre est loin d'être en 1846 ce qu'il était en 1838. Son intelligence loyale ne demande qu'à s'éclairer; et s'il veut toujours le progrès, il est plus disposé à consulter avant d'agir, à faire appel à l'expérience avant de vouloir détruire ce qui existe. Aussi a-t-il grandement modifié cette année la composition de la haute commission, puisqu'il y a fait siéger un grand nombre de membres des Facultés de droit, et notamment tous les doyens. En agissant ainsi, l'autorité supérieure a eu, nous n'en doutons pas, d'excellentes intentions. Mais joindre tout ce personnel nouveau à l'ancien personnel, c'était s'exposer, ainsi que cela est arrivé dans la commission chargée de donner son avis sur la réforme hypothécaire, à constituer un comité consultatif beaucoup trop nombreux pour qu'il puisse en sortir un projet ayant quelque apparence d'unité. A-t-on donc oublié que ce fut une commission de quatre membres qui prépara le Code civil? Le système qui est aujourd'hui à la mode aboutit à édifier une sorte de Babel scientifique incapable de produire aucun résultat complet; non que le talent et les bonnes intentions manquent aux membres pris isolément, mais faute de cohérence et d'harmonie dans l'agrégation des divers éléments qui le constituent. Aussi qu'est-il arrivé? La haute commission n'a osé ni condamner ni absoudre l'organisation actuelle. Tantôt timide à l'excès, elle s'est fait accuser par les novateurs d'avoir manqué à sa vocation; tantôt, risquant des innovations hasardeuses, elle a inspiré de justes inquiétudes à ceux qui craignent l'invasion des coteries et des influences politiques dans le domaine de la science. Elle a mérité le premier de ces reproches lorsque, non contente de rejeter la création d'une Faculté administrative, condamnée en Allemagne même par la raison éclairée de M. de Savigny, elle a refusé d'organiser [1] au sein des Facultés de droit un enseignement spécial, des diplômes spéciaux, pour ceux qui se vouent aux carrières politiques et administratives. Sans doute l'idée de scinder l'ensei-

[1] Ce que demandait la Faculté de Paris, dont la pensée n'a pas été comprise.

gnement du droit, afin d'ouvrir une Faculté nouvelle pour une seule branche de la science, était par trop exagérée; et si elle avait séduit un instant M. le ministre de l'instruction publique, c'est probablement qu'il songeait à la satisfaction qu'il aurait de pouvoir faire un grand nombre d'heureux, depuis le doyen jusqu'au portier de la nouvelle école. Mais ces exagérations n'empêchaient pas qu'au fond l'enseignement administratif ne réclamât de sérieux développements, et l'idée vague de la création d'une *haute école* [1] est loin de répondre aux vœux des amis sincères d'une préparation efficace aux fonctions publiques. En sens inverse, la commission a justifié dans une certaine mesure les craintes de ceux qui supposent à la majorité de ses membres une sympathie secrète pour les capacités de salons et peu de bienveillance pour le labeur modeste qui ne cherche à se faire un avenir que par le travail et l'étude. Croirait-on que des hommes graves, que des magistrats ont présenté le concours comme n'offrant pas de garanties suffisantes de la moralité des candidats : comme si la vertu était le partage exclusif des solliciteurs qui obsèdent les ministres de leurs déclamations intéressées! comme si le travail assidu qu'exige la carrière des concours n'était pas une meilleure école de dignité et de probité que cette vie d'intrigues qui est la place de la jeune magistrature, où trop souvente le candidat est obligé d'acheter un avancement en se faisant le courtier de votes électoraux [2]! Cette majorité, dont nous devons déclarer, pour l'honneur de M. Oudot, qu'il ne faisait point partie, a admis en principe le concours pour les chaires, mais en laissant au ministre la faculté indéfinie de nommer aux places vacantes par voie de permutation, sans autre garantie que la responsabilité ministérielle, ce qui équivaut, ainsi que nous l'avons fait voir [3], à la suppression du concours devant la Faculté de Paris. C'est ainsi que la commission a accompli le mandat qui lui était confié. Quand tous les hommes éclairés réclament des garanties contre l'arbitraire des nominations ministérielles,

[1] Pourquoi toujours dire *haute école*, *haute commission*? La véritable grandeur a plus de simplicité.

[2] Qui d'entre nous n'a à sa connaissance de pareils faits?

[3] Voir notre article sur le concours, dans le numéro de décembre 1845 de la *Revue*.

voilà que de graves personnages refusent, d'une part, d'organiser une instruction spéciale pour les aspirants aux emplois publics, et, d'autre part, ouvrent une porte nouvelle à la sollicitation et à l'intrigue, en amoindrissant l'institution libérale dont Louis XIV et Napoléon ont fait la base de notre constitution universitaire !

Peut-être y a-t-il eu un peu de confusion dans les votes de la commission. En réduisant le nombre de ses membres, M. le ministre arrivera peut-être à obtenir de meilleurs résultats. Quoi qu'il en soit, il n'y a heureusement rien de fait encore; le prestige qui dans l'opinion vulgaire entourait la haute commission commence à se dissiper, le ministre est libre, les chambres sont libres, et les sages réflexions de M. Oudot sur l'enseignement du droit ont conservé toute leur actualité. En montrant, dans la première partie de son ouvrage, qu'aucune des grandes questions philosophiques et sociales ne lui était étrangère, l'auteur a bien mérité de la Faculté de Paris, que son livre ne peut qu'honorer et relever dans l'opinion publique.

E. BONNIER.

Droit criminel comparé.

L'INSTRUCTION CRIMINELLE ALLEMANDE, CONSIDÉRÉE COMME SE PERFECTIONNANT SOUS L'ACTION DE LA JURISPRUDENCE ET DES CODES NOUVEAUX DES DIVERS PAYS ALLEMANDS, ET COMPARÉE AVEC L'INSTRUCTION CRIMINELLE EN ANGLETERRE ET EN FRANCE; par M. Mittermaier, conseiller intime et professeur. Quatrième édition. Heidelberg, 1846.

Compte rendu par M. RAUTER, doyen de la faculté de droit de Strasbourg.

Suite et fin. — *V.* plus haut, p. 410.

Le traité même est divisé en dix parties, intitulées, la *première :* Du principe supérieur de l'instruction criminelle et de ses principaux corollaires; — la *seconde :* De l'organisation judi-

ciaire criminelle et des différents fors judiciaires; — la *troisième* : De l'instruction criminelle en général, et des moyens conférés au juge pour la conduire; — la *quatrième* : De la recherche de la certitude des faits en matière criminelle; — la *cinquième* : De la marche de l'instruction criminelle (cette partie est subdivisée en deux sections, dont la première s'occupe de l'instruction préalable; la seconde, de l'instruction principale et définitive); — la *sixième* : Du jugement et de l'examen des preuves (partie subdivisée en quatre sections, à savoir : 1° De la preuve en matière pénale; 2° Du jugement; 3° Du jugement selon les lois anglaise et française; 4° Des frais de l'instruction criminelle); — la *septième* : De l'influence du prince et des tribunaux supérieurs sur les jugements rendus; — la *huitième* : De l'exécution des jugements; — la *neuvième* : Des procédures particulières; — la *dixième* : De l'instruction accusatoriale.

Dans le premier paragraphe de la *première partie*, l'auteur explique le principe fondamental de l'instruction criminelle. C'est, selon lui, la recherche de la vérité en matière de crimes et de délits, dans le but de rendre juridiquement possible, à l'égard des coupables, l'application de la loi pénale. Nous n'avons rien à observer contre cette indication, si ce n'est qu'elle ne paraît pas tout à fait d'accord avec une assertion présentée dans l'introduction, et dont nous avons fait mention dans le précédent article. Là, il était dit que le but de l'instruction criminelle n'était point la constatation de la culpabilité ou de l'innocence; que c'était la constatation de la vérité pour pouvoir appliquer la loi pénale. Mais la contradiction n'est qu'apparente; car dans le premier passage l'auteur avait voulu dire que le but de l'instruction ne pouvait pas être *exclusivement* ni de constater la culpabilité, ni de constater l'innocence, et c'est à quoi est conforme sa dernière assertion. C'est, en réalité, l'ancienne maxime : *Qui non potest condemnare, non potest absolvere.*

Nous devons ici faire de nouveau une observation que nous avons déjà faite dans la *Revue*, à l'occasion de l'examen d'un autre ouvrage de droit criminel de M. Mittermaier. Il suit, comme beaucoup d'autres criminalistes de son pays, ce qu'on y appelle la *méthode philosophique*, c'est-à-dire qu'il traite son sujet, quoi-

qu'étant du droit positif, autant en politique qu'en jurisconsulte, en ce sens qu'il supplée à ce que la législation ou la jurisprudence allemande présente de lacunes, par des règles puisées dans le droit naturel ou dans la science politique, s'aidant aussi, en tant que possible, des prescriptions des législations étrangères analogues. Voilà pourquoi on trouve, dans les paragraphes où il traite *ex professo* du droit positif allemand, des citations prises non-seulement de la Caroline et des codes des différents États allemands, mais encore des lois romaines, des lois françaises et des lois anglaises, et des auteurs du moyen âge et des temps modernes; et ces citations sont faites comme étant des autorités positives plutôt que doctrinales. On sait que, pour les jurisconsultes allemands, cette manière de faire n'a rien que de naturel.

Après avoir défini, comme nous venons de le voir, l'instruction criminelle, l'auteur présente ce qu'il regarde comme (rationnellement parlant) les deux systèmes principaux et opposés de cette procédure : l'un, le système *populaire;* l'autre, le système *officiel.* Le premier a pour signes caractéristiques : le tribunal populaire (le peuple, comme dans Rome ancienne, le jury ou quelque chose de semblable), le procédé accusatorial (qui suppose un accusateur distinct du juge), le procédé oral et la publicité de l'examen et du jugement. Le second se distingue par l'institution d'un collége de juges officiels ou fonctionnaires publics ayant la charge de rendre un jugement criminel (d'absolution ou de condamnation), selon des lois positives et en observant certaines formes; le tout ressemblant à une tâche imposée d'en haut. Pour tempérer ce que ce caractère officiel peut avoir de sévère, on établit certaines règles d'après lesquelles seules les juges peuvent se déclarer convaincus; de telle sorte qu'ils sont obligés de rendre compte de l'observation de ces règles, et que l'inobservation des mêmes règles entraîne la nullité du jugement, lors même que la conviction morale des juges serait résultée de l'examen. On comprend que la publicité doit paraître inconciliable avec ce système, ne fût-ce que parce qu'il tend vers l'aveu du coupable, comme preuve principale, et que l'examen secret est beaucoup plus propre à amener l'aveu. Le procédé

oral n'est pas plus conciliable avec ce système que la publicité : car, l'appel étant regardé comme un pourvoi naturel, tel qu'il l'est en matière civile, l'information et l'examen reposent sur les procès-verbaux écrits, seuls susceptibles d'être envoyés au tribunal d'appel. Le procédé accusatorial n'est pas de règle, parce que l'instruction et l'examen sont une procédure analytique, tendant officiellement vers la vérité, informant également à charge et à décharge, et écartant toute idée de se prévaloir d'avantages qu'offriraient la faiblesse, l'insouciance, l'oubli ou le dégoût de la vie chez l'accusé. Ce n'est pas ici, mais plus loin, que M. Mittermaier fait remarquer qu'habituellement, dans telle législation positive, les deux systèmes sont plus ou moins mêlés; c'est là évidemment le cas de la législation française. Dès ici il fait une autre remarque : c'est qu'en ordonnant et réglant l'instruction criminelle, l'un de ces deux points de vue est prédominant, à savoir, le point de vue *juridique* ou le point de vue *politique;* le premier fait voir l'instruction criminelle sous le rapport de la réalisation de son but direct, la justice des jugements; le second la fait voir sous le rapport de la nécessité où se trouve le souverain de faire naître dans les citoyens la conviction que l'administration de la justice criminelle est basée sur la vérité.

Procédant dans sa théorie de science politique criminelle, M. Mittermaier examine plusieurs questions importantes, par exemple celle-ci : Quel est le mode à établir pour la plus sûre constatation de la culpabilité ou de l'innocence? Il fait entrer dans ce mode : 1° une position du juge telle qu'avec une impartialité parfaite il puisse, tout en rassemblant toutes les preuves du crime, rassembler aussi toutes les preuves à décharge; 2° pour obvier au désavantage naissant pour l'accusé de ce que la société elle-même est son adversaire en tant qu'elle l'accuse, il faut que l'égalité des parties, de l'accusé et de l'accusation, soit assurée ; qu'ainsi l'accusé soit mis en état de se défendre, et qu'il soit, pour cet effet, instruit à temps de l'inculpation dont il est l'objet; 3° il doit être de règle qu'à l'accusateur incombe entièrement la charge de la preuve du crime, et que l'accusé ne souffre aucun mal avant que cette preuve ne soit faite à son encontre :

4° l'avantage que donne à l'État sur l'accusé sa position si prépondérante et celle de ses fonctionnaires, exige que cette inégalité soit effacée par l'octroi d'un conseil jurisconsulte assistant l'accusé. Les droits et les devoirs de ce conseil seront à déterminer d'après le système qui fait la base de l'instruction. L'auteur ajoute que la position du défenseur, dans le système allemand, est tout à fait manquée. Il n'est pas, du reste, pour l'institution d'un contrôleur public de l'accusation, qui fît une instruction à décharge parallèlement à l'instruction faite par le juge poursuivant[1]. Il pense qu'il suffit que le défenseur soit muni des droits qui entrent naturellement dans ses fonctions; et, il faut en convenir, la pratique anglaise et la pratique française prouvent qu'il a raison.

L'auteur passe ensuite à l'examen des conditions essentielles de l'instruction criminelle relativement au juge. Comme la société est intéressée à ce que les jugements criminels non-seulement soient justes, mais qu'ils paraissent aussi tels au peuple, il pose en principe que le juge criminel doit être indépendant du pouvoir, tant dans sa personne que dans ses décisions : d'où il suit que l'on doit regarder comme nul le jugement rendu par une personne qui n'avait pas le caractère de juge ou par un juge incompétent; qu'aucun juge ne peut procéder et décider qu'en observant les lois en vigueur; que tout acte par lequel le prince ou l'administration de l'État s'immiscerait dans l'instruction et le jugement d'un procès criminel est à réprouver[2]; que là où la loi constitutionnelle n'accorde au prince que le droit de grâce, il n'a pas le droit d'abolition, c'est-à-dire le droit de supprimer une instruction criminelle commencée, ou de défendre qu'il en soit commencé une. Il peut paraître singulier que l'auteur trouve nécessaire d'ajouter à ces garanties celle-ci : que le règlement de la procédure criminelle, que la constitution et l'organisation des tribunaux ne doivent pas être dans le domaine des ordonnances du prince, mais dans celui de la législature.

[1] On sait que Bentham a eu cette idée, que d'autres en Allemagne, par exemple le ministre d'Allmendingen, ont adoptée.

[2] En Allemagne, même dans les États constitutionnels, par un reste des anciens usages, les gouvernements se permettent encore assez souvent de pareils actes, et la diète paraît plus portée à les approuver en cela qu'à les désapprouver.

Les paragraphes suivants traitent de la faculté de l'inculpé de récuser des officiers judiciaires ou des tribunaux qui lui sont suspects : l'auteur compare le système allemand au système anglais et au système français, et donne la préférence au second.

M. Mittermaier examine ensuite la question de savoir lequel des deux systèmes, de l'*accusatorial* ou de l'*inquisitorial*, est préférable, selon le but raisonnable et politique que doit se proposer le législateur en matière d'instruction criminelle. Il pense que l'un et l'autre système sont également insuffisants : le premier, puisqu'il laisse beaucoup de crimes sans recherches, à raison de l'insouciance ou de la pusillanimité des parties lésées par des crimes ou délits qui n'attaquent pas directement l'état politique du pays ; le second, par la tyrannie dans laquelle tombent naturellement des fonctionnaires judiciaires sans contrôle. Il propose donc un système semblable à celui qui existe (selon lui) en France, où l'accusation publique (dit-il) est principalement (*primariò*) entre les mains d'une *autorité distincte du juge* chargé de la vérification des preuves et du jugement définitif.

Ici il nous paraît que, malgré l'étude approfondie que l'auteur a faite de notre législation, il est tombé dans une erreur grave, laquelle est d'autant plus importante par ses conséquences que, dans ses derniers effets, elle a produit une espèce d'opinion publique en Allemagne, capable, à ce que nous pensons, de faire naître des projets de réforme qui sont loin de l'idée de M. Mittermaier et des partisans de son opinion. Il surgit depuis quelque temps en Allemagne un grand nombre d'écrits prônant la procédure *accusatoriale;* de sorte qu'on est tout étonné de voir, comme il semblerait, les idées revenir à la manière de penser du moyen âge et des législations primitives, qui ne connaissaient guère que la poursuite accusatoriale. Il n'en est rien cependant; ce n'est ni plus ni moins que la tendance qui s'est manifestée en France dès 1790, de séparer l'action publique du pouvoir du juge, et de donner à celle-là un organe propre. Seulement en France ce fut, pour nous exprimer ainsi, une exubérance en cette matière, produit de l'effervescence démocratique de l'époque; car si le procureur ou le commissaire du roi avait exercé jusqu'alors l'action publique proprement dite, et pris part à l'in-

formation préalable qu'il avait provoquée auprès du juge, un accusateur public élu par le peuple fut bientôt chargé de la poursuite, de l'information et de la décision de la question de culpabilité ou d'innocence, le commissaire du roi ou (comme on l'appela bientôt) le pouvoir exécutif ne restant plus chargé que d'assister aux débats, de requérir l'application de la loi d'après la décision rendue sur le fait de la poursuite et de faire exécuter le jugement. L'esprit démocratique, bientôt après, alla même jusqu'à supprimer formellement les commissaires du pouvoir exécutif; en faisant cette suppression, la loi du 20 octobre 1792 déclara que leurs fonctions étaient attribuées aux accusateurs publics. Cependant cette effervescence s'étant calmée, le Code de brumaire an IV rétablit les commissaires du gouvernement, et on les vit au bout de peu de temps introduits aussi dans les conseils de guerre, à côté du capitaine-rapporteur chargé de l'accusation publique. L'information préalable même, en matière de crimes, devait être faite par le juge appelé directeur du jury, sur les réquisitions de l'accusateur public. Par un revirement qui n'est pas rare en France, on revint en l'an VIII au système opposé, et l'article 63 de la constitution consulaire ordonne que « la » fonction d'accusateur public près d'un tribunal criminel sera » remplie par le commissaire du gouvernement. » Si néanmoins les capitaines-rapporteurs continuèrent d'exister près des conseils de guerre, c'est que l'article ne semblait se rapporter qu'aux tribunaux criminels ordinaires dont il était question dans l'article qui précédait immédiatement, et que l'article 85 semblait maintenir les tribunaux militaires tels qu'ils étaient organisés. Le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 avril 1810, qui fut mise en vigueur avec ce Code, laissèrent subsister, en le réglant seulement dans le détail, le système de la Constitution de l'an VIII quant à la réunion des fonctions de l'accusation publique et du commissariat du gouvernement dans les mains d'un commissaire du gouvernement. Mais ces deux lois apportèrent un changement capital dans l'économie de la poursuite publique. Depuis 1799, le juge n'avait plus eu que la justice à exercer, c'est-à-dire qu'il était chargé de décider les questions de criminalité, sur les réquisitions des commissaires du roi ou de l'accusation

publique. L'empereur Napoléon, répugnant à l'idée de laisser se former un État militaire plutôt que civil, voulut faire revivre autant que possible les anciennes cours souveraines, afin qu'elles fissent contre-poids aux commandants militaires ; et, comme ces corps avaient eu dans leurs attributions la police administrative et la police judiciaire, il voulut donner à titre d'office aux cours impériales, en réunissant en leurs mains la juridiction civile et la juridiction criminelle, séparées depuis 1790, la police judiciaire et l'action criminelle même. De là les dispositions de l'article 9 du Code d'instruction criminelle, portant : « La police judiciaire sera » exercée *sous l'autorité des cours impériales*..... ; » et de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, portant : « La cour impériale » pourra, toutes les chambres assemblées, entendre les dénon- » ciations qui lui seraient faites, par un de ses membres, de » crimes et de délits. Elle pourra mander le procureur général » pour lui enjoindre de poursuivre à raison de ces faits, ou pour » entendre le compte que le procureur général lui rendra des » poursuites qui seraient commencées [1]. » On le voit, l'ancienne idée de la *potestas criminalis*, du *commandement criminel*, est rétablie. Nous entendons ici constater un fait, sans avoir l'idée d'approuver ou de désapprouver cette mesure législative. Mais nous tenons à prémunir quiconque s'intéresse à cette matière, contre la fausse idée que notre système actuel est en quelque sorte le système accusatorial, où la partie intéressée à l'accusation est aussi partie accusatrice. C'est le système inquisitorial, dans le sens bénin de la chose, qui est au fond de notre législation et qui doit y rester, de crainte que nous ne tombions dans un système accusatorial inefficace ou dans un système inquisitorial de la pire espèce.

Il y aurait encore à faire une exposition intéressante des principales idées que l'auteur a présentées et développées dans le cours de son livre; mais nous craignons de rendre cette notice trop étendue, et nous renvoyons les curieux à l'ouvrage même.

RAUTER.

[1] Les articles 235 et 236 du Code d'instruction criminelle, et les articles 61 et 62 du décret du 6 juillet 1810, ne sont que des développements de ces principes.

CHRONIQUE.

FRANCE. Le *Moniteur* du 23 juillet contient une longue ordonnance relative à la colonisation de l'Algérie. L'ensemble des mesures qui s'y trouvent proposées doit avoir pour résultat, dit le rapport au roi qui précède cette ordonnance, d'attribuer à chacun sa part légitime du sol, de fonder la propriété sur des bases certaines, de favoriser le travail, d'assurer la mise en valeur du pays, de dégager l'administration des entraves qui l'arrêtent à chaque pas, de lui permettre de combiner en temps opportun les plans de colonisation, de faire utilement les travaux d'intérêt général, d'employer les capitaux et les bras qui s'offrent, d'obtenir enfin des résultats proportionnés à la grandeur de l'entreprise et aux sacrifices de la France.

Voici les principales dispositions de cette ordonnance :

« Art. 1er. Notre ministre de la guerre déterminera par des arrêtés spéciaux le périmètre des territoires dans l'étendue desquels les titres de propriété rurale devront être vérifiés. — Art. 2. Chaque arrêté sera affiché aux lieux ordinaires dans toutes les villes, bourgs ou villages existant dans le périmètre déterminé....., inséré au *Moniteur universel* et au *Moniteur algérien*. — Art. 3. Dans les trois mois de cette double insertion, tout Européen ou indigène qui se prétendra propriétaire de terres comprises dans le périmètre déterminé, déposera ses titres de propriété, pour l'arrondissement d'Alger, entre les mains du directeur des finances et du commerce, et, pour les autres localités, entre les mains du receveur du domaine. Le vendeur non payé, ainsi que le bailleur à rente perpétuelle, ou leur cessionnaire, et généralement toute personne prétendant un droit réel sur l'immeuble, seront admis à faire ou à compléter le dépôt des titres de propriété. Le délai de trois mois courra contre les interdits, les mineurs et les femmes mariées, sauf leur recours contre qui de droit. — Art. 4. Le déposant sera tenu de faire élection de domicile, pour la province d'Alger, à Alger ; pour les autres provinces, au lieu de la résidence du receveur du domaine. Toutes les significations tendantes à l'exécution de la présente ordonnance seront valablement faites à ce domicile élu..... A défaut d'élection de domicile, elles seront faites au parquet du procureur du roi ou à l'autorité qui le remplace. — Art. 5. Les terres comprises dans le périmètre déterminé....., et dont la propriété n'aura pas été réclamée, seront réputées vacantes..... ; l'administration pourra en faire immédiatement la concession aux conditions qu'elle jugera convenables. — Art. 6. La vérification des titres sera faite par le conseil du contentieux. — Art. 7. ..... Le directeur des finances et du commerce transmettra au conseil du contentieux, après inventaire, ... les titres envoyés par les receveurs du domaine et ceux qui lui auront été remis directement. — Art. 8. Le conseil du contentieux déclarera réguliers en la forme les titres remontant, avec date certaine, à une époque antérieure au 5 juillet 1830, et constatant le droit de propriété, la situation précise, la contenance et les limites de l'immeuble. La même décision ordonnera que l'un des membres du conseil du contentieux ou des auditeurs autorisés à participer aux travaux de ce conseil, se transporte sur les lieux pour y faire l'application des titres, avec l'as-

sistance d'un ou plusieurs experts nommés d'office par le conseil du contentieux, si la descente a lieu dans la province d'Alger, et par le membre délégué, si la descente se fait dans une autre province. — Art. 9. Le membre délégué rendra dans le plus bref délai une ordonnance pour fixer le jour et l'heure de la descente sur les lieux. Cette ordonnance sera notifiée en la forme administrative : 1° à la partie au domicile élu ; 2° dans la province d'Alger, au directeur des finances et du commerce ; dans les autres provinces, au receveur du domaine ; 3° aux experts ; 4° aux propriétaires riverains dont les titres auront été reconnus valables. — Art. 10, 11 et 12. Le transport ne pourra s'effectuer que huit jours après la notification de l'ordonnance. Un agent du domaine assistera à la délimitation à laquelle procéderont les experts après avoir prêté serment entre les mains du membre délégué.—Art. 13. Les experts, parties présentes ou dûment appelées, détermineront par des bornes les limites, le périmètre, la contenance de la propriété, et en lèveront le plan. — Art. 14. Au cas de contestation, le plan devra figurer l'objet précis de la réclamation. — Art 15. Il sera dressé procès-verbal de l'opération. Ce procès-verbal mentionnera : le jour et l'heure où l'opération aura commencé ; la date des notifications faites conformément à l'art. 9 ; la présence ou l'absence des parties appelées ou intervenantes ; le serment prêté par les experts ; le nombre et la durée des vacations ; la situation et la contenance de la propriété, les bornes posées, et, au cas de contestation, les prétentions respectivement élevées. Le conseil du contentieux prononcera sur les contestations auxquelles pourra donner lieu l'exécution des mesures ci-dessus prescrites. — Art. 16. Le plan et le procès-verbal seront homologués, s'il y a lieu, par le conseil du contentieux. A la suite de l'homologation, ce conseil rendra une décision, qui vaudra titre au propriétaire et ne pourra être attaquée, pour quelque cause que ce soit, par les tiers qui n'auront pas réclamé antérieurement. Copie certifiée par le secrétaire du conseil du contentieux en sera déposée à la direction des finances et du commerce. — Art. 17. Si les immeubles délimités par le conseil du contentieux sont revendiqués par plusieurs prétendants, le conseil surseoira à statuer jusqu'à ce que les tribunaux civils aient prononcé sur la question de propriété. — Art. 18. Lorsque les titres déposés dans les délais fixés par l'art. 3 ne réuniront pas toutes les conditions exigées par le § 1er de l'article 8 ci-dessus, le conseil du contentieux déclarera la nullité de ces titres. La même décision portera que, conformément à l'art. 5 de l'ordonnance du 21 juillet 1845, l'administration sera tenue de délivrer à l'acquéreur dont le titre aura été annulé, lorsqu'il en fera la demande, un hectare de terre par chaque 3 francs de rente stipulés dans le dernier acte d'acquisition ayant acquis date certaine antérieurement à la promulgation de l'ordonnance du 21 juillet 1845, relative aux concessions. — Art. 24. Celui qui aura cultivé même en l'absence d'un titre régulier, recevra la concession définitive de la partie du sol cultivée si les travaux exécutés sont conformes aux prescriptions de l'art. 20. — Art. 26. Lorsqu'il s'agira d'une exploitation ayant pour objet l'élève du bétail ou le boisement, l'état des lieux sera constaté par le conseil du contentieux, et, eu égard à l'importance des travaux exécutés, il pourra pareillement être accordé une concession définitive même à ceux qui ne se trouvent pas dans les conditions prescrites par l'art. 20. — Art. 27. Le titre définitif, conféré en exécution des articles 24, § 1er, et 26, déterminera la situation, la contenance et les limites de l'immeuble, conformément à la constatation qui en aura été faite par le conseil du contentieux dans les formes prescrites par les articles 8, § 2, et suiv. Ce titre définitif ne pourra en aucun cas être contesté

par les tiers. — Art. 28. Lorsqu'un jugement ou un arrêt rendu contre le domaine antérieurement à la présente ordonnance, et ayant acquis l'autorité de la chose jugée, aura attribué la propriété d'une terre à un particulier, ce jugement ou cet arrêt aura son plein et entier effet à l'égard de l'administration. — Art. 29. Si le jugement ou l'arrêt indique la contenance et les limites de l'immeuble, la reconnaissance et la constatation en seront faites par le conseil du contentieux, en conformité des articles 8, § 2, et suiv. — Art. 30. Si le jugement ou l'arrêt ne fait pas connaître la contenance et les limites de l'immeuble, et si les titres de propriété n'ont pas été déclarés conformes aux prescriptions de l'article 8, § 1er, la contenance sera fixée par le conseil du contentieux, d'après la règle posée au § 2 de l'art. 18, et les limites seront établies par le même conseil conformément aux dispositions des articles 8. § 2, et suivants. »

— Une autre ordonnance du roi, du 16 août 1846, détermine les délais dans lesquels doivent être donnés les congés des maisons, corps de logis, boutiques et appartements en Algérie, et contient des dispositions importantes sur les baux, soit des maisons, soit des héritages ruraux.

— Un arrêté du ministre de l'instruction publique dispose qu'à l'avenir le registre des inscriptions dans les Facultés de droit sera ouvert, pour le premier trimestre de l'année scolaire, à partir du 25 octobre, et clos le 5 novembre; que l'article 1er du statut du 9 avril 1825 continuera d'être exécuté dans sa forme et teneur à l'égard des autres trimestres de l'année scolaire.

Cependant il accorde aux jeunes gens qui se seraient inscrits avant le 5 novembre à la Faculté des lettres pour l'examen de baccalauréat, la faculté de prendre une inscription provisoire, qui devient sans effet si, avant le 15 novembre, ils ne rapportent pas le diplôme de bachelier ès lettres ou un certificat d'admission à ce grade.

— La chambre des pairs et la chambre des députés nouvellement élue se sont réunies le 17 août. Le roi a ouvert en personne la session. Dans le cours de la vérification des pouvoirs, la chambre des députés a eu à examiner deux graves questions : d'abord celle de savoir si une élection serait viciée parce que le député élu aurait pris l'engagement formel de donner sa démission, sur la demande des électeurs, à une époque déterminée; et en second lieu, celle de savoir si l'acceptation expresse par un député d'un mandat impératif dans la rigueur des termes vicierait son élection. Sur la première il n'y a pas eu de décision, parce que le fait n'a pas paru suffisamment justifié ; sur la seconde est intervenue une solution affirmative. C'est dans la séance du 31 août que la chambre a statué, en annulant l'élection de M. Drault, député de Poitiers.

— Les chambres ont été prorogées, par ordonnance du 4 septembre, au 11 janvier 1847.

— Par suite d'un oubli arrivé à l'impression, notre dernier cahier n'indique pas le résultat du concours ouvert le 1er juillet dernier devant la Faculté de droit d'Aix. C'est M. Carles, déjà suppléant provisoire de la Faculté, qui a été désigné pour la place vacante de suppléant. Les juges du concours ont décidé à l'unanimité que MM. Ginoulhiac et Jalabert, admis avec M. Carles aux épreuves définitives, seraient recommandés à la bienveillance de M. le ministre de l'instruction publique pour le cas où il y aurait à pourvoir à une suppléance provisoire.

Étude sur la nature et les effets de la compensation.

Par M. Frédéric DURANTON, docteur en droit.

L'étude des documents de droit romain découverts dans ces trente dernières années présente pour l'historien et pour l'érudit un intérêt que personne ne peut sérieusement contester. Mais l'utilité de cette étude au point de vue de la jurisprudence pratique n'a pas été reconnue par tous les esprits.

Notre but dans ce travail est de démontrer, par une application particulière, que l'on doit tout d'abord, et malgré l'autorité de quelques hommes de jugement et d'expérience, rejeter l'opinion absolue qui refuse tout intérêt de jurisprudence actuelle et pratique à ces sortes de travaux historiques. Ensuite nous voulons faire voir quel est à nos yeux le genre d'utilité qu'on peut en retirer.

A cet égard, nous croyons qu'il faut distinguer entre les services qu'ils peuvent rendre à la science du droit (intérêt pratique, mais actuel), et ceux qui seraient rendus à la science de la législation (intérêt d'amélioration, mais d'avenir). En effet, en recherchant dans ces documents une meilleure explication des institutions du droit romain qui ont servi de modèles à notre droit actuel, on peut trouver soit des solutions pour les cas non prévus, soit un système d'interprétation plus en harmonie avec la source de ces dispositions; mais on peut aussi s'attacher uniquement à réunir les éléments d'une appréciation purement critique de la loi.

Cette distinction une fois posée, nous reconnaîtrons volontiers que l'étude des sources nouvelles présentera surtout ce dernier genre d'utilité. Nous pensons, en effet, que lorsqu'il faut appliquer nos lois, il ne s'agit plus de rechercher si elles ont bien ou mal compris le droit romain, mais de savoir comment elles se le sont approprié. Ce qu'il nous faut surtout connaître, ce n'est pas la meilleure interprétation d'une institution romaine, mais celle qui, aux yeux des législateurs, passait pour la meil-

leure; car, en définitive, interpréter une loi n'est point rechercher ce qu'elle aurait dû faire, mais ce qu'elle a fait.

Toutefois, nous nous gardons bien de croire que, même sous le point de vue de la pratique, de l'interprétation, l'étude approfondie des nouvelles sources soit sans utilité; nous pensons, au contraire, que la connaissance des erreurs qui ont pu échapper au législateur, que la révélation du véritable système d'institutions, par lui mal comprises, peuvent être, pourvu qu'on en use avec prudence, la base d'une bonne méthode d'interprétation pour les points laissés indécis par nos Codes. Nous espérons en donner un exemple convaincant dans la suite de ce travail. Ajoutons que de pareilles méprises de la part du législateur ont souvent produit des dispositions obscures et contradictoires, et qu'en présence de ces difficultés on peut dire que celui-là seul a l'intelligence complète de la loi, qui a conscience de la cause de ses erreurs.

Mais si, sortant du domaine de l'interprétation pour entrer dans celui de l'appréciation critique de la loi, nous examinons les parties de notre droit français dans lesquelles notre législateur a évidemment suivi ou cru suivre les errements du droit romain; si, puisant dans nos nouvelles découvertes, nous nous demandons quel a été le véritable système de ce droit source du nôtre, alors se présente un intérêt scientifique d'un ordre supérieur. En effet, ces documents nouveaux, purs de toute altération, nous révéleront le véritable esprit, jusqu'alors inconnu, de certaines institutions, et nous reconnaîtrons qu'en plusieurs points les rédacteurs de nos Codes, trompés par une fausse interprétation, ont fait du droit romain un usage beaucoup plus préjudiciable qu'utile.

Un travail remarquable sur le droit d'accroissement, produit il y a quelques années par un jeune professeur dont la science regrette la perte prématurée, nous fournit un exemple frappant du parti que l'on peut tirer, sous le point de vue de l'examen critique de la loi, des documents nouveaux.

La recherche sur la compensation que nous publions aujourd'hui est conçue dans le même ordre d'idées. Notre intention n'est nullement de faire un traité complet sur cette matière. Nous

voulons seulement montrer que les rédacteurs du Code civil, en croyant suivre le droit romain dans son dernier état, n'en ont pas saisi la véritable théorie, et signaler les dispositions obscures et même contradictoires qui ont été le résultat fâcheux de leur erreur sur le principe dominant de cette matière. Nous reconnaîtrons, il est vrai, qu'ils ont été entraînés dans cette fausse voie par plusieurs des jurisconsultes illustres qu'ils avaient coutume de prendre pour guides. Aussi loin de nous la pensée d'accuser les rédacteurs de cette partie du Code d'avoir manqué de pénétration et de science; ils n'avaient point les documents que nous possédons, et leur méprise peut dès lors s'expliquer facilement. Mais qu'il nous soit permis, à nous qui avons pu puiser à ces nouvelles sources, d'essayer de rétablir, sans orgueil pour nos récentes lumières comme aussi sans faiblesse pour d'anciennes erreurs, la véritable théorie du droit romain en matière de compensation.

Aperçu général sur le droit de compensation.

Quelques mots sur la nature de ce droit et sur son fondement.

Compenser, c'est retenir ce que nous devons à quelqu'un pour nous payer de ce qu'il nous doit. Que si nous voulons nous rendre compte des motifs qui ont fait établir ce droit, nous nous apercevrons bientôt qu'il repose sur une double notion d'utilité et de justice : d'*utilité*, car nous avons intérêt à ne pas débourser, plutôt que de payer, sauf à reprendre, si nous pouvons; de *justice*, car notre créancier ne peut raisonnablement exiger ce qui lui est dû en refusant de payer ce qu'il nous doit. La combinaison de ces deux idées a de tout temps été considérée comme la justification du droit de compenser. Elle nous est présentée de la manière la plus claire par les textes du droit romain; car si, d'une part, Pomponius nous dit : *Ideò compensatio necessaria est, quia interest nostrâ potius non solvere quàm solutum repetere*[1]; d'un autre côté, des textes, qu'il est inutile de citer main-

[1] Fr. 3, *De comp.*, liv. 16, tit. 2. Les lois du Digeste seront annoncées par l'abréviation *fr.*, celles du Code par l'abréviation *const.*; quand elles appartiendron au titre *De compensationibus*, nous ne le mentionnerons pas.

tenant, parce qu'ils se produiront plus tard d'eux-mêmes dans l'examen historique, nous montrent constamment l'*æquitas* comme la raison d'être du droit de compenser [1].

Ainsi motivé, le droit de compenser a paru si raisonnable à tous les jurisconsultes anciens et modernes, que son application, restreinte d'abord dans des limites fort étroites, ne s'exerçant que pour un petit nombre de créances, a fini successivement par les comprendre presque toutes.

L'extension du droit en cette matière ne s'est point bornée là. Non contents d'avoir appliqué à presque toutes les actions le droit de compensation, les jurisconsultes romains se sont attachés à en simplifier la forme aussi bien qu'à en augmenter les effets, comme cela résultera de l'aperçu historique que nous donnerons plus loin. Le législateur français, suivant ce mouvement progressif, a donné à la compensation des effets plus énergiques encore. Il a voulu qu'elle opérât de plein droit et produisît extinction des deux créances respectives, par cela seul qu'elles existeraient simultanément avec les conditions requises. La compensation n'a plus été, pour le débiteur actionné, un moyen de se défendre et d'éviter un débours. Elle est devenue un mode d'extinction des deux créances, se produisant, à l'insu des parties, par la seule force de la loi. En un mot, de judiciaire on l'a rendue légale. Ce qu'il y a de plus remarquable dans cette transformation, c'est que ceux qui l'ont opérée n'en ont pas eu conscience, et que c'est en croyant suivre la théorie romaine que les rédacteurs du Code la modifiaient profondément. La preuve de ce fait et l'examen de ses conséquences sont l'objet immédiat de

[1] On a voulu expliquer autrement la source du droit de compenser; on a prétendu qu'il était fondé sur une convention tacite, qui serait intervenue entre les parties respectivement débitrices l'une de l'autre, lors de la création de la seconde créance, convention qui obligerait chacune des parties à ne réclamer ce qui lui est dû qu'en souffrant la défalcation de ce qu'elle doit. Cette explication, qui ne peut s'appliquer qu'aux dettes conventionnelles, et prenant naissance dans les mêmes personnes, est évidemment insuffisante pour justifier le droit général de compenser, lorsque les créances ont une cause autre qu'une convention, un délit, un quasi-délit par exemple. Même dans l'hypothèse de créances contractuelles, la supposition de cette convention pourrait souffrir difficulté dans bien des cas. Nous ne pouvons donc admettre cette explication. Toutefois, appliquée aux matières commerciales, cette idée d'une convention tacite de compenser a une valeur qu'on ne peut méconnaître. On ne verra pas sans intérêt le parti que l'auteur a su en tirer en matière de faillite. — *V.* Frémery, *Études commerciales*, p. 375.

ce travail. Pour atteindre ce double but, nous aurons premièrement à rechercher de quelle manière, en droit romain, la compensation produisait ses effets, soit à l'époque de la jurisprudence classique, c'est-à-dire sous l'empire du système de procédure par formules, soit depuis l'abolition de l'*ordo judiciorum* jusqu'à Justinien. Dans une deuxième partie, nous verrons comment elle s'opère en droit français, et nous comparerons les deux systèmes.

PREMIÈRE PARTIE. — Droit romain.

§ 1er. — De la compensation sous le système de procédure par formules.

La compensation, nous l'avons déjà dit, et c'est un point qui ne peut être sérieusement contesté, n'était pas au temps de Gaius un mode d'extinction des obligations. Lorsque deux personnes se trouvaient respectivement débitrices, les dettes continuaient d'exister séparément. Il suffirait, pour le prouver, de faire remarquer que la matière de la compensation n'est point placée au titre *de l'extinction des obligations*, mais bien au titre *des actions*.

Cette place s'explique, au reste, naturellement ; car, si la compensation ne produit point l'extinction réciproque des deux dettes, elle fournit le plus souvent à celui des débiteurs qui est actionné le premier, un moyen d'éviter la condamnation en totalité ou en partie. Mais, à ce sujet, d'importantes distinctions sont à faire, soit à raison de la nature des actions, soit à raison des époques.

Dans le principe, le droit d'opposer la compensation n'est accordé au défendeur que dans les actions de bonne foi, et pourvu que l'obligation dont il veut se prévaloir soit née du même contrat ou du même fait qui a produit l'action qu'on dirige contre lui. Ainsi l'acheteur, le mandataire, le tuteur, pourront opposer en compensation au vendeur, au mandant, au pupille, les obligations dont ceux-ci sont tenus envers eux par suite de la vente, du mandat, de la tutelle, mais nullement des créances qu'ils pourraient avoir à un autre titre. C'est ce qu'on

exprime en disant que la compensation a lieu *ex eâdem causâ*. Ce pouvoir qu'a le juge dans les cas dont nous parlons ne lui est pas attribué d'une manière expresse par les termes de la formule, *neque enim formulæ verbis præcipitur* (§ 63, *Comm. IV Gaii*); mais il résulte du mandat général qui lui est donné de juger *ex æquo et bono : sed quia id bonæ fidei judicio conveniens videtur, id officio ejus contineri creditur*.

La compensation, on le voit, admise dans les actions de bonne foi, et même avec des restrictions, reste complétement étrangère à toutes les autres actions, notamment à celles qui sont de droit strict. Mais l'extension que les jurisconsultes s'efforçaient de donner chaque jour de plus en plus aux principes de l'équité, au moyen de l'exception de dol, alla jusqu'à faire considérer comme un manquement à la bonne foi le refus de la part du demandeur de compenser, s'il en était requis, ce qu'il devait avec ce qu'il réclamait. Marc-Antonin le décida d'une manière positive, et autorisa la compensation dans ces sortes d'actions au moyen de l'exception de dol, soit qu'il introduisît en cela une disposition nouvelle, soit qu'il confirmât une pratique qui depuis peu tendait à s'établir [1]. Mais alors, on le comprend facilement, la compensation ne dut jamais avoir lieu dans les actions *stricti juris* que *ex dispari causâ* : car ces actions ne naissent que de contrats ou de faits producteurs d'obligations unilatérales. Il est permis de croire que, depuis que la compensation *ex aliâ causâ* dans les actions de droit strict fut admise, on donna une interprétation plus large aux pouvoirs du juge dans les actions de bonne foi, et qu'on autorisa, par un raisonnement *à fortiori*, le défendeur à invoquer la compensation *ex aliâ causâ* [2].

Les actions *in rem* ne rentrent pas dans la division des actions de bonne foi et de droit strict; cette division ne s'applique

[1] § 30, *De action.*, *Inst.* Gaius ne mentionne pas cette décision, qui dès lors doit être présumée postérieure à la rédaction de ses commentaires.

[2] Le § 39, *De act.*, aux Instit., exige formellement que les créances procèdent *ex eâdem causâ;* mais ces expressions, exactes au temps de Gaius, auquel le fragment est emprunté, ont été évidemment conservées par inadvertance : c'est l'opinion unanime des auteurs (*V.* M. Ducaurroy, Instit. expliq., 7[e] édit., n° 1274, note).

qu'aux actions personnelles, sans même les comprendre toutes [1]. Elles restèrent étrangères à la compensation, même depuis le rescrit de Marc-Antonin. Mais Justinien, confirmant sans doute une opinion déjà émise avant lui, décida que dans cette classe d'actions, ainsi que dans toutes les autres, le juge aurait le pouvoir d'opérer la compensation (const. 14, liv. 4, tit. 31). L'existence de ce droit avait été, au surplus, reconnue bien avant cet empereur, relativement aux actions qui naissent des délits, et aux *persecutiones extraordinariæ* [2].

A côté de ces principes généraux, se trouvaient, sur certaines compensations, quelques règles spéciales qui nous sont révélées par les Institutes de Gaius. Nous voulons parler de la compensation qui est imposée à l'*argentarius*, et de la déduction que doit subir le *bonorum emptor*.

Les *argentarii* étaient une sorte de banquiers et de changeurs, qui, à raison de la connaissance qu'ils avaient du titre et de la bonté des monnaies, étaient chargés par les particuliers du soin d'effectuer et de recevoir des payements. Payant et recevant tour à tour pour leurs commettants, ils avaient des registres qui constataient d'une manière régulière leur position vis-à-vis de chacun. On put dès lors, sans leur imposer une charge trop difficile à remplir, les forcer de défalquer dans leurs réclamations ce qu'ils devaient eux-mêmes au défendeur; en un mot, avant d'agir comme créanciers, ils devaient faire la balance de leurs comptes et ne demander que le reliquat. Bien entendu qu'ils n'étaient tenus de faire cette balance qu'entre choses de même nature, comme de l'argent avec de l'argent, du vin avec du vin; quelques-uns n'exigeaient d'eux la compensation qu'entre choses de la même qualité. De plus, la formule que le préteur délivrait à l'*argentarius* devait exprimer qu'il avait obéi à l'obligation qui lui était imposée, de ne réclamer que le reliquat du compte; son *intentio* portait en effet : « Si paret Titium sibi » x millia dare oportere amplius quàm ipse Titio debet. » S'il

[1] Ce point nous paraît certain, mais ce serait sortir de notre sujet que d'entrer dans un développement à cet égard (*V.* M. de Savigny, Traité de droit rom., t. V, app. 13, n° 6, trad. de M. Guénoux, p. 488).

[2] *V.*, quant aux premières, Ulpien, fr. 10, et quant aux autres, Alexandre Sévère, const. 5.

demandait plus, il encourait la déchéance, résultat naturel de la plus-pétition dans les actions *certi* (*Gaii Comm. IV*, §§ 64-68).

Plusieurs personnes ont pensé [1] qu'il y avait dans le cas de créances réciproques entre un *argentarius* et un particulier une extinction mutuelle, s'opérant *ipso facto*, par suite de leur existence simultanée, et que la plus-pétition que commettait l'*argentarius* qui ne déduisait pas ce qu'il devait, était une conséquence de cette extinction, opérée antérieurement et jusqu'à due concurrence. Mais nous ne croyons pas qu'il en fût ainsi. Les créances continuaient de subsister; seulement il y avait devoir pour l'*argentarius* de réduire sa demande à l'excédant de l'*avoir* sur le *doit*. Cette obligation, qu'on avait pu lui imposer parce qu'elle produisait des avantages d'économie et de célérité pour les deux parties, sans lui causer ni incommodité ni préjudice, n'existait en aucune manière pour le commettant. Ce dernier pouvait donc demander à l'*argentarius* tout ce que celui-ci devait, sans être taxé de plus-pétition, dans le cas où par contre ce dernier eût été créancier de son côté.

Cette compensation, que doit faire de lui-même le banquier, n'avait d'autre sanction que la crainte d'encourir la déchéance, conséquence forcée, sous le système de procédure formulaire, de la plus-pétition dans les actions *certi*. Aussi quand la plus-pétition ne produisit plus, après l'abolition des formules, cette conséquence rigoureuse, la compensation spéciale de l'*argentarius* dut-elle disparaître. C'est pour cela qu'il n'en est pas fait mention dans le Digeste.

Les règles étaient toutes différentes pour la *deductio* que devait subir le *bonorum emptor*. En effet l'acheteur de l'ensemble des biens d'un homme en déconfiture pouvait agir contre les débiteurs de celui-ci sans défalquer dans l'*intentio* de son action ce qu'il leur devait au nom du débiteur exproprié, et, sous ce point de vue, il ne s'exposait pas comme l'*argentarius* aux dangers de la plus-pétition; mais un pouvoir spécial était donné au juge pour ne condamner le défendeur qu'en déduisant ce qui lui était dû par le débiteur au nom duquel le *bonum emptor* agissait.

[1] Notamment M. Ortolan, Explic. histor. des Inst., 2e édit., t. II, p. 1152.

Cette *déduction*, que devait opérer le juge dans l'action dont il s'agit, différait de la compensation que devait faire lui-même le banquier, en deux autres points. Premièrement, le juge devait faire la déduction même d'une dette non-exigible, probablement parce que la déconfiture enlevait le bénéfice du terme. En second lieu, la déduction devait être opérée à raison d'une dette ayant un objet d'une autre espèce que celui de la demande; c'est que, les condamnations étant pécuniaires sous le système de procédure formulaire, le juge devait toujours réduire à une somme d'argent l'objet des obligations réciproques des parties, et qu'alors rien n'était plus facile que cette défalcation malgré la diversité primitive des objets.

Cette dernière observation doit être généralisée et étendue à la compensation que le défendeur oppose dans les actions de bonne foi et de droit strict. Dans toutes ces actions, la diversité dans les objets n'est d'aucun obstacle à la défalcation que doit opérer le juge, puisqu'au préalable il estime en argent la valeur de deux obligations. Aussi trouvons-nous des textes parlant de compensation dans des actions ayant pour objet des corps certains (*V.* le fr. 23, les constit. 5, 6, 8)[1].

[1] Nous nous expliquons ainsi comment l'action de dépôt elle-même eût été soumise à la loi commune, si une exception formelle n'eût été établie à cet égard. Nous lisons en effet dans les sentences de Paul (liv. 2, tit. 12, § ult.) : *In causâ depositi compensationi locus non est*; de telle sorte que le juge ne tiendra aucun compte, pour fixer la condamnation, des créances que pourrait avoir le dépositaire contre le déposant, ce qui se comprend facilement; mais le fragment ajoute : *sed ipsa res reddenda est*, ce qu'il n'est guère possible de concilier avec le principe en vigueur au temps de Paul, que toutes les condamnations sont pécuniaires. D'où nous sommes amenés à conclure qu'il y avait là en réalité une exception remarquable à ce principe fondamental, exception qui n'est, au surplus, appuyée sur aucune autre autorité, ou bien que les mots en question ont été ajoutés par les compilateurs d'Alaric.

On ne peut, en effet, résoudre cette difficulté en disant que Paul se référait, dans ce court fragment, au cas où la formule de l'action de dépôt, ayant été conçue *in factum*, était devenue arbitraire; auquel cas le *jussus* du juge pouvait amener, malgré le dépositaire, la restitution effective de la chose (*V.* § 47, *Comm. IV Gaii*, et fr. 68, *De rei vind.*). On ne peut pas non plus prétendre que Paul ne songeait qu'à la revendication, que peut aussi intenter le déposant, et qui n'était point de son temps sujette à la compensation. Car, d'une part, le texte est général (*in causâ depositi*, etc.), et ne distingue pas si l'on intente la revendication ou l'action de dépôt, si celle-ci est conçue *in factum* ou *in jus*; et d'autre part, la décision n'eût plus alors rien eu de particulier au dépôt. Le jurisconsulte eût dû en dire tout autant du commodat, du louage, du gage, du mandat, de la dot, etc.; et cependant il annonce bien évidemment une disposition exceptionnelle. Nous

La déduction, on le voit, se rapproche plus de la compensation qui a lieu dans les actions de bonne foi et de droit strict, que de la compensation que doit faire le banquier. Cette dernière doit être opérée par le demandeur lui-même, tandis que dans la déduction et dans la compensation ordinaire, c'est le juge qui défalque ce qui est dû au défendeur. Mais ici il est indispensable de faire ressortir une différence entre les actions *stricti juris*, d'une part, et, d'autre part, les actions de bonne foi et celle du *bonorum emptor*. Dans ces dernières, la formule elle-même sans aucune modification particulière donnait au juge le pouvoir de compenser. Dans les actions *stricti juris*, il fallait un pouvoir spécial, une addition à la formule, une *exceptio* en un mot.

Comme cette exception était celle de dol, des auteurs modernes en ont conclu que, si le défendeur, qui avait eu soin de la faire insérer dans la formule, justifiait devant le juge qu'il était dans le cas de compenser, il devait être absous, quand même sa créance serait de beaucoup inférieure à ce qu'on réclame de lui. Sur ce point intéressant, mais seulement comme histoire, M. Ortolan (*Expl. hist. des Inst.*, 2e édit., t. II, p. 1152) s'exprime ainsi :

« Ce qu'il faut bien remarquer, et ce qui ne l'est pas assez gé- » néralement, ce sont les effets de la compensation, ainsi oppo- » sée au moyen de l'exception de dol. Cet effet n'est pas de » donner au juge, comme dans les actions de bonne foi, ainsi » qu'on se l'imagine ordinairement, le pouvoir d'opérer la ba- » lance entre les dettes et les créances respectives, et de ne con- » damner le défendeur qu'au reliquat. — L'effet ordinaire et » constant d'une exception de dol, c'est, lorsqu'elle est justifiée, » de faire absoudre le défendeur, ce qui emporte déchéance de » toute action ultérieure pour le demandeur. Tel sera donc le » résultat de l'exception de dol opposée pour cause de compen- » sation. »

Zimmern (trad. de M. Étienne, p. 306) dit la même chose;

croyons donc que, dans l'état actuel des sources, il n'y a qu'à choisir entre les deux partis proposés au commencement de cette note.

Quoi qu'il en soit de la valeur de ces mots : *ipsa res reddenda est*, il est certain que Justinien a maintenu la défense de compenser dans le dépôt (const. 14; const. 11, *depositi*), et qu'il l'a même étendue au cas de spoliation (const. 14, § 2).

et, nous devons le reconnaître, cette décision paraît découler des principes admis en matière d'exceptions. Mais, malgré son apparence logique et régulière, ce système souffre beaucoup de difficultés, et nous préférons nous ranger à l'opinion commune, qui attribue à l'exception de dol l'effet d'autoriser le juge à balancer les deux créances, et à ne condamner qu'au reliquat.

Nous reconnaîtrons volontiers que l'autorité des anciens interprètes n'est d'aucune valeur sur ce point particulier, parce que les principes sur les effets des exceptions n'ont été complétement mis en lumière que par les Institutes de Gaius; aussi considérons-nous la question comme nouvelle en quelque sorte. Voici nos raisons : Nous ferons d'abord remarquer que, le but que l'on veut atteindre en autorisant la compensation au moyen de l'exception étant un but d'équité, c'est aller précisément contre ce résultat que de renvoyer le défendeur absous parce qu'il aurait justifié d'une créance même de la plus minime importance relativement à celle qu'on réclame de lui. En effet, ce n'est pas une raison, parce qu'un homme a élevé une prétention exagérée, pour lui faire perdre ce à quoi il a réellement droit. La plus-pétition produit bien ce résultat dans les actions *certi*, mais on n'a jamais eu l'idée de le présenter comme une conséquence équitable. Ainsi il faut reconnaître tout d'abord que l'opinion que nous suivons est plus conforme au but que l'on se proposait d'atteindre, et que, dès lors, elle a une grave présomption en sa faveur.

En second lieu, dans l'opinion que nous combattons, il se présente de véritables impossibilités d'application. En effet, si les deux dettes ont des objets différents, on ne peut en faire la compensation avant d'avoir réduit leur valeur en argent. Or le droit de faire cette appréciation pécuniaire ne peut appartenir qu'au juge, on ne peut en laisser ni le soin ni la responsabilité au demandeur; d'où il suit que dans le cas de semblables dettes, la compensation serait impossible. Ainsi, vous m'avez promis Stichus, et moi dix mesures de blé; je ne puis pas en réclamant l'esclave défalquer ce que je vous dois de ce que je réclame. Je comprends très-bien que le juge, qui condamne toujours à une somme d'argent, déduise de cette somme la valeur des dix me-

sures que je dois au défendeur ; mais je ne comprends pas qu'on puisse m'imposer une pareille obligation, car je ne puis demander que ce qui m'est dû et non une somme d'argent.

On n'a pas cru, dans l'opinion contraire, pouvoir repousser directement cette objection : aussi a-t-on voulu l'éviter. On a prétendu que la compensation n'aurait lieu dans les actions *stricti juris*, qu'autant que les choses seraient fongibles (M. Ortolan, p. 1154, 3°). Mais cette restriction n'est appuyée sur aucun texte, car le fragment des sentences de Paul (liv. II, t. V, § 3) se réfère évidemment à l'*argentarius*, ainsi que nous le prouverons bientôt.

D'ailleurs, elle est contraire au principe développé plus haut, que la compensation doit avoir lieu quelle que soit la diversité des objets, principe qui n'est lui-même qu'une conséquence du caractère essentiellement pécuniaire de la condamnation, sous le système des formules.

Enfin, ce qui est déterminant, plusieurs textes admettent la compensation dans des actions qui ont pour objet des corps certains ou des quantités de natures différentes (fr. 23, et const. 5, 6, 8).

Allons plus loin : alors même que les dettes auraient des objets fongibles, le demandeur peut, de très-bonne foi, avoir des doutes sur l'existence ou sur le montant de la dette, dont le défendeur se prévaut contre lui devant le préteur, et il serait absurde qu'il perdît sa créance par suite de son refus de regarder comme certaine une dette qui ne l'est pas à ses yeux, ou qu'il fût obligé de reconnaître sans examen une dette dont il croit n'être pas tenu. C'est pourtant dans cette alternative inique que le demandeur se trouverait placé, d'après l'opinion que nous combattons. Il est difficile de croire qu'un pareil résultat ait été introduit sous Marc-Antonin, comme un progrès, comme une application nouvelle et heureuse des principes de l'équité.

Quoi de plus naturel au contraire que de supposer que l'exception que le préteur ajoutait à la formule *stricti juris*, en faveur du défendeur qui oppose la compensation; donnait au juge le pouvoir de modifier la condamnation ; et que l'exception de dol était alors conçue de manière à ne pas entraîner, en cas de

vérification, une absolution complète [1]? Ce qui se passait en matière de *deductio quæ ad condemnationem ponitur*, comme le dit Gaius (IV, § 68), nous fournit une raison d'analogie puissante, confirmée au surplus par les expressions des Institutes et de tous les fragments relatifs à la compensation dans les actions de droit strict. En effet, il est dit au § 30 *De act.*, en parlant de la compensation dans les actions de droit strict : *inducebatur per exceptionem doli mali.* Or, dans le système opposé, ce que l'exception de dol aurait amené ne serait pas la compensation, qui est l'imputation d'une des créances sur l'autre, *debiti ac crediti contributio* (fr. 1), mais l'absolution du défendeur comme punition infligée au demandeur ; ce serait une véritable déchéance prononcée contre celui-ci. Pourquoi penser que ceux qui ont introduit la compensation dans ces sortes d'actions, pressés par le sentiment de l'équité, ne l'auraient pas organisée, lorsque cela était si facile, de manière à satisfaire et cette même équité et les besoins de la pratique?

Abordant un ordre de preuves plus directes, nous dirons que les textes confirment notre manière de voir. Javolenus (fr. 15), dans l'espèce d'actions *stricti juris*, décide que le défendeur déduira en compensation ce qui lui est dû en tenant compte de la différence des lieux de payements ; cette décision est inexplicable dans le système contraire, puisqu'il y aurait lieu tout simplement à absoudre le défendeur. Le fragment nous montre que la compensation amenait une balance entre les deux créances, et nullement une absolution complète.

Enfin, une loi bien connue (fr. 42, ff., *De mort. caus. don.*) nous montre que dans l'opinion de Papinien, l'exception de dol ajoutée à une action la transformait en quelque sorte en action de bonne foi : *bonæ fidei autem judicio constituto*, dit-il en parlant de la revendication à laquelle on avait ajouté l'exception de dol.

[1] Théophile, aux explications de qui les Institutes de Gaius ont si souvent donné gain de cause, confirme d'une manière positive cette manière de voir. Dans sa paraphrase des Institutes, sur le § 30, *De actionibus*, il s'exprime ainsi : « Sed » facta est constitutio Marci imperatoris, quæ ait, me stricta actione conventum » de solidis x, quum mihi deberentur v, posse actioni opponere exceptionem doli : » atque hac opposita exceptione, judici occasio datur admittendi compensationem » et in solos x solidos condemnandi » (Trad. d'Otto Reitz, 1751).

Or il est certain que dans les actions de bonne foi le juge, quand la compensation était opposée, devait seulement faire la balance des deux dettes, d'où l'on peut conclure qu'il en devait être ainsi dans les actions de droit strict, quand le défendeur avait opposé l'exception de dol.

Quelque opinion que l'on suive sur ce point délicat, il faut reconnaître que, depuis l'abolition de l'*ordo judiciorum*, la compensation n'a plus dû produire d'autre effet que d'obliger le juge à faire la balance des deux dettes et à ne condamner qu'au reliquat, quelle que soit la nature de l'action.

§ 2. — Dernier état du droit romain.

Arrivons maintenant aux modifications qu'a subies la compensation depuis la suppression des formules.

Justinien, dans la constitution dernière (tit. *De comp.*) et dans l'extrait qu'il en donne aux Institutes, déclare que la compensation aura lieu dans toutes les actions, soit réelles, soit personnelles, *ipso jure*. « Compensationes ex omnibus actionibus ipso » jure fieri sancimus, nullâ differentiâ in rem vel personalibus » actionibus inter se observandâ. » L'empereur, en étendant la compensation aux actions, annonce lui-même qu'il donne une décision nouvelle; mais, en déclarant que la compensation aura lieu *ipso jure*, établit-il un principe nouveau ou ne fait-il que reproduire un changement opéré avant lui?

A la première lecture des textes, cette dernière opinion paraît la meilleure. En effet, les fragments 4 et 21 du jurisconsulte Paul, et la constitution 4 de l'empereur Alexandre Sévère, parlent de la compensation comme s'opérant *ipso jure inter omnes ex omni contractu*. Dans cette opinion, la modification aurait eu lieu par la constitution d'Alexandre, et Paul, qui vivait encore sous ce prince, aurait eu en vue cette nouvelle décision, en écrivant dans le fr. 21 : « Posteaquam placuit inter omnes id » quod invicem ipso jure compensari, etc.; » et dans le fr. 4 : « ipso jure minùs fidejussorem ex omni contractu debere [1]... »

[1] C'est l'opinion communément reçue parmi les docteurs qui se sont occupés

Pour nous, nous sommes convaincu que l'assimilation entre les actions *stricti juris* et les actions *bonæ fidei*, par suite de laquelle l'exception de dol serait devenue inutile pour opposer la compensation dans les premières, est postérieure à l'époque d'Alexandre Sévère. En effet, au temps de Paul et de cet empereur, l'*ordo judiciorum* était encore debout, la distinction entre les actions *stricti juris* et *bonæ fidei* était en pleine vigueur, la nécessité de faire insérer l'exception de dol pesait toujours sur le défendeur; comment alors comprendre que, dans une formule de droit étroit, le juge eût pu prendre en considération la compensation, qui n'était pas rangée par le droit civil parmi les modes d'extinction des obligations, sans un pouvoir spécial à cet égard? Il n'y aurait d'autre moyen, dans l'opinion contraire, que de supposer que l'exception de dol eût été depuis Alexandre Sévère sous-entendue en général dans les actions de droit strict; supposition inadmissible, parce qu'elle est démentie par un trop grand nombre de constitutions impériales postérieures à cette époque (*V*. const. 11, 14, 17, *De rei vind.*, liv. 3, tit. 32, etc.).

Quant aux textes qu'on oppose, ils portent la trace la plus évidente des interpolations que Tribonien leur a fait subir.

Dans le fragment 4, il est dit : Il faut suivre l'opinion de Nératius et de Pomponius, qui décidaient que le fidéjusseur dans tout contrat, et *ipso jure*, devait de moins ce que le débiteur principal pouvait retenir par compensation; et de même que je demande mal en demandant le tout au débiteur, le fidéjusseur ne doit pas être tenu pour une quantité plus forte que celle pour laquelle le débiteur principal peut être condamné [1]. »

Mais il est évident que Pomponius n'a pas dit ce que Paul est censé lui faire dire, à savoir que la compensation a lieu *ipso jure* dans toutes les actions, puisque, de son temps, à peine Marc-Antonin venait-il de l'introduire au moyen de l'exception de dol dans les actions *stricti juris*; et quant à Nératius, dont Paul paraît invo-

de la question. Elle est professée notamment par l'illustre Doneau, *Jur. civ.*, lib. 16, cap. 15, n° 38.

[1] « Verum est et quod Neratio placebat, et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest : sicut enim cum totum peto a reo, male peto, ità et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem quàm reus condemnari potest. »

quer aussi l'autorité, l'interpolation est encore plus grossière, puisque, loin d'avoir lieu de son temps *ipso jure* dans tous les contrats, elle n'avait pas lieu du tout dans les contrats de droit strict.

En second lieu, le texte paraît supposer que, dans tous les contrats, il y a plus-pétition à ne pas tenir compte de la compensation. Or la déchéance, résultat de la plus-pétition, n'a lieu que dans quelques actions, les actions *certi*, et non point *ex omni contractu* comme le dit le texte, ce qui prouve encore que ces expressions ont été intercalées, ainsi que les mots *ipso jure* [1].

Le texte primitif, dégagé de ces additions, ne pouvait évidemment s'appliquer qu'au fidéjusseur du débiteur d'un *argentarius*, et avait pour but de dire que l'obligation du banquier de faire la défalcation de ce qu'il devait lui-même, lui était imposée aussi bien lorsqu'il attaquait le fidéjusseur que lorsqu'il actionnait le débiteur principal.

Le fr. 21, qui est du même jurisconsulte, est ainsi conçu : « Depuis qu'on a admis que ce qui est dû réciproquement se compense *ipso jure* entre tous, si le procureur d'un absent est actionné, il ne sera pas tenu (s'il veut opposer la compensation) de donner la caution *de rato* : car il ne compense pas, on lui demande seulement moins [2]. »

En admettant que du temps de Paul la compensation ait déjà lieu *ipso jure*, le texte ne pourrait pas s'expliquer d'une manière satisfaisante, car la compensation opposée par le défendeur n'empêche pas que le demandeur n'ait demandé toute sa créance; celui qui allègue la compensation se prévaut d'une autre dette, mais on ne dira pas de lui *ab initio ab eo minùs petitur*. Ces expressions ne peuvent s'expliquer qu'en rapportant ce texte, comme le précédent, à la compensation de l'*argentarius*, qui, seul, était obligé de défalquer ce qu'il devait lui-même de ce qui lui était

[1] Cujas, dans son commentaire sur la loi 21 (*Pauli quæstiones*, l. 1), dit que, dans les actions de bonne foi, la plus-pétition entraînait la déchéance. Il est bien certain aujourd'hui que c'est une erreur (*V.* M. Ducaurroy, Instit. expl., t. II, n° 1262).

[2] « Postea quam placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minùs ab eo petitur. »

dû et de ne demander que le surplus; c'est de lui qu'on peut dire : *ab initio minùs petitur* [1]. Il résulte donc du texte lui-même que, dans sa teneur primitive, il ne s'appliquait qu'à la compensation exceptionnelle du banquier, et que, par conséquent, les expressions *inter omnes*, *ipso jure*, ont été ajoutées par les compilateurs de Justinien, pour approprier autant que possible ce fragment au nouvel état de la procédure. Les ordonnateurs du Code n'avaient pas de raison de se montrer plus scrupuleux que ceux des Pandectes : aussi la constitution d'Alexandre Sévère a-t-elle évidemment reçu la même addition [2].

Pour nous, il résulte de ces observations que l'assimilation entre les actions *bonæ fidei* et les actions *stricti juris* n'a été que la conséquence de l'abolition du système des formules. La constitution de Justinien est à nos yeux le premier monument qui constate formellement cette modification; c'est ce qui nous paraît résulter du § 30 des Institutes : car, après avoir rappelé la distinction entre ces deux sortes d'actions, Justinien fait suivre immédiatement cet exposé de l'extrait de sa constitution. Il n'eût pas manqué, si le changement eût été introduit par une constitution d'un de ses prédécesseurs, de l'indiquer au moins sommairement.

Quoi qu'il en soit, il est certain que dans le dernier état du droit la compensation a lieu *ipso jure* dans toutes les actions; mais il reste à déterminer ce qu'on doit entendre par ces expressions, susceptibles de significations diverses. En un mot, comment s'opère la compensation sous Justinien? Jusqu'à présent nous nous sommes servi de ces mots *ipso jure* sans vouloir les traduire, pour ne pas préjuger une question dont l'examen trouvait seulement ici sa place. C'est là le point le plus important, le plus difficile de cette recherche. En effet, les mots *ipso jure*, comme les mots *de plein droit* qu'on emploie dans notre langue pour les traduire, n'ont point de sens

[1] Ces expressions sont presque les mêmes que celles de Gaius, § 64 : *minùs intendit sibi dari oportere.*

[2] Les expressions *ipso jure* se trouvent aussi dans un texte d'Ulpien (fr. 10). Mais il s'agit dans ce passage d'actions de bonne foi, où la compensation est toujours entrée dans le devoir du juge *ipso jure*, c'est-à-dire sans le secours d'exception. De sorte que ces termes peuvent très-bien appartenir à Ulpien lui-même.

précis par eux-mêmes. Leur valeur se détermine par le sens de la phrase où ils se trouvent, et mieux encore par les expressions auxquelles on les oppose. Ils signifient quelquefois l'autorité de la loi et s'appliquent à ce qui s'opère par la seule puissance du législateur, sans aucun fait de l'homme. « Verba *ipso jure*, dit » Spigelius, intelliguntur sine facto hominis. » — « *Ipso jure* » consistere dicitur, dit Prategus, quod ex solâ legum potestate » et auctoritate, sine magistratus operâ, consistit. »

C'est en ce sens évidemment que ces mots sont employés dans le § 3, *De hered. quæ ab intest.*, Inst., où l'on dit que les héritiers siens et nécessaires le deviennent *ipso jure*. De même, les legs qui dépassent les trois quarts de l'hérédité sont anéantis sans aucun fait de la part de l'héritier, par la puissance de la loi (fr. 73, § 5, *ad leg. falc.*; fr. 1, § 5, *quod legat.*)[1].

Dans d'autres circonstances, ces mots n'ont pas un sens aussi énergique. Ils indiquent seulement qu'il n'est pas nécessaire de recourir à la voie des exceptions pour obtenir un certain résultat. Ils signifient uniquement : sans le secours d'exceptions. « Nam » aliàs, dit Doneau (comm. de la constit. 4 au code, n° 9), ipso » jure opponitur ei quod per exceptionem fit : cùm agitur de » aliquo liberando, ibi *liberari ipso jure* et *liberari per exceptionem* opponuntur. Et cùm simpliciter dicimus aliquem liberari *ipso jure*, hoc intelligimus eum ita liberari ut liberetur sine » ope exceptionis; et contra, cùm dicimus aliquem liberari per » exceptionem, hoc intelligitur non liberari eum ipso jure, sed » tantùm per exceptionem. Sic ista inter se opponuntur, cùm de » liberatione debiti agitur; eaque istorum verborum significatio » est, ut patet ex L. 27, *Si unus*, § 2, *De pactis*, et L. 34, *Qui* » *servum*, § 1, *De oblig. et act.* Id ipsum est igitur quod significatur hoc loco. Compensatio *ipso jure* pro soluto habetur, id » est ita debitorem vice solutionis liberat, ut liberetur jure ipso, » sine ope exceptionis. »

Ainsi ces expressions : *ipso jure*, nous donnent au premier abord deux sens possibles; avant de rechercher quel est le véritable, faisons ressortir brièvement l'intérêt de la question. Si

[1] M. Ducaurroy, 6e édit., t. I, n° 769.

l'on suit la première acception, on devra dire que la compensation a lieu par la seule vertu de la loi, sans qu'elle ait été opposée par les parties, ni prononcée par le juge ; et, comme conséquences, on décidera :

1° Que le débiteur qui, pouvant se prévaloir de l'extinction résultant de la compensation, n'invoque pas ce moyen, acquitte une dette qui n'existe plus qu'en apparence, et que non-seulement il a la *condictio indebiti*, mais encore qu'il ne peut plus exercer la créance qu'il avait contre son créancier, créance que la puissance de la loi avait éteinte sans retour ;

2° Que le débiteur qui, pouvant en justice se faire absoudre en argumentant de l'extinction produite par la compensation, ne l'a pas fait et s'est laissé condamner à payer ce qu'il ne devait plus, a subi, il est vrai, une sentence mal fondée, mais qu'il ne peut plus, de son côté, exercer une créance qui est éteinte ;

3° Que, dès que l'un de ceux qui sont tenus d'une dette, soit comme débiteurs principaux, soit comme fidéjusseurs, devient créancier à son tour du créancier, il y a extinction de la dette *ipso facto*, et tous les coobligés peuvent se prévaloir de cette libération, sauf leur recours réciproque ;

4° Que, pour qu'il y ait lieu à la compensation, il est nécessaire que les deux dettes aient pour objet des choses parfaitement fongibles, comme de l'argent avec de l'argent, du blé d'une certaine qualité avec du blé de même qualité ; de telle sorte qu'en dehors de ces cas la compensation n'aurait point lieu.

Il y a encore d'autres conséquences qu'il est inutile de mentionner ; celles-ci suffisent pour démontrer tout l'intérêt de la question.

Si, au contraire, les expressions *ipso jure* doivent être prises dans la deuxième acception, comme signifiant que désormais, dans toutes les actions, la compensation s'opérerait comme elle s'était toujours opérée dans les actions de bonne foi, alors la compensation ne sera point légale, mais bien judiciaire, c'est-à-dire qu'elle aura besoin d'être opposée pour produire ses effets, et que les conséquences que nous avons déduites plus haut seront remplacées par des résultats tout à fait opposés.

Abordons maintenant directement la question. Doneau, dont

nous avons cité un passage pour prouver quelle était la seconde signification possible des mots en litige, leur donne une troisième interprétation qui ne s'éloignera en aucune manière, dans les résultats pratiques, de la seconde opinion.

Il reconnaît que ces expressions ne signifient point : *ipsâ juris potestate*, *sine facto hominis*. Il n'y a de compensation, selon lui, qu'autant qu'elle est opposée. « Verum est debitorem compensatione ipso jure liberari, nam loci de hoc apertiùs scripti sunt, quàm ut detorqueri possint : neque ideò consequens est debitorem liberari compensatione sine facto suo, id est, compensatione non oppositâ. » (Comment. sur la const. 4, *De comp.*, n° 8.) Et dans son commentaire sur le droit civil, il est aussi explicite [1] : « Sed meminerimus omnem hanc vim compensationis constitutam esse ei debitori qui compensationem objiciat eâque uti velit. » (Fr. 2, fr. 5, *De comp.*) Et plus loin : « Certi juris est ei qui compensatione non est usus nihilominus semper salvam esse veterem petitionem. » (Fr. 7, § 1, *De comp.*) Vinnius donne positivement la même décision [2] : « Quæcumque autem vis est compensationis, ea constituta est debitori qui compensatione usus est (Fr. 2, fr. 5, *De comp.*). Sin minùs, salva ei manet vetus petitio : nec creditor qui totum petit, malè petiisse videtur. Undè judicatum est, interim etiam actionem à creditore alii cedi posse, eo effectu ut quæ cedenti poterat objici compensatio ea objici non possit cessionario, utique causam onerosam habenti et utili actione suo nomine experienti. »

Ainsi, selon ces grands jurisconsultes, point de compensation légale; mais, une fois opposée, la compensation doit produire le même effet que si elle avait été opérée au moment où les créances ont coexisté; elle doit, en un mot, dès ce moment, valoir payement. « Admissæ compensationis vis ea est ut compensationem pro soluto haberi oporteat ipso jure ex eo tempore ex quo ab utrâque parte debetur usque ad concurrentes quantitates [3]. »

Et Vinnius, *Inst.*, § 30 *De act.*, n° 2 : « Oppositâ et admissâ

[1] L. 16, cap. 15, n° 40.
[2] Vinn., *Inst.*, *De act.*, § 30, n° 2.
[3] Doneau, *Comm. jur. civ.*, lib. 16, cap. 15, n° 36.

» compensatione, statim ipso jure actionem tolli aut minus,
» reumque retroversus ipso jure usque ad concurrentem quanti-
» tatem liberatum intelligi ex quo utrinque deberi cœpit. »

Le sens de ces différents passages est celui-ci : La compensation n'est pas opérée par le seul fait de la loi, il faut qu'elle soit opposée ; mais une fois opposée et admise, elle produit les mêmes effets que si elle avait eu lieu au moment où les deux créances ont existé simultanément.

Ce système, nous l'avons déjà dit, ne diffère pas sensiblement du second. En effet, dans celui-ci on admet, comme nous le verrons plus bas, que le juge doit faire produire à la compensation, précisément en vertu de l'équité qui lui sert de base, certains effets rétroactifs, et on arrive presque aux mêmes résultats que dans l'opinion de Doneau et de Vinnius. D'accord avec ces jurisconsultes, les partisans du second système, que nous allons bientôt justifier et développer, reconnaissent que dans le dernier état du droit romain il n'y avait pas de compensation légale, qu'elle est toujours judiciaire; en second lieu, que la compensation une fois opposée rétroagit au jour où les deux dettes auraient pu se compenser. Ils ne s'écartent du système précédent que quant à la détermination de la valeur précise des mots *ipso jure*. Doneau leur fait exprimer l'effet rétroactif de la compensation, tandis que, dans l'opinion que nous adoptons, ils veulent tout simplement dire *sans exception;* dissentiment qui n'a aucune conséquence pratique.

Le point essentiel est donc d'établir que les Romains n'ont jamais admis de compensation s'opérant par la seule force de la loi, de compensation légale.

D'abord nous ferons remarquer que, puisqu'au temps des jurisconsultes classiques la compensation n'avait lieu que par les soins du juge, notre manière de voir suppose un changement moins profond dans la nature de la compensation que le système contraire, et qu'*à priori* une innovation, susceptible de deux interprétations, doit s'entendre dans le sens qui s'éloigne le moins de l'ancien état de choses. Ainsi, sous ce point de vue, on peut dire que la présomption est en faveur de notre système.

Cette présomption est encore fortifiée par la place où Justi-

nien a maintenu la matière de la compensation. Si l'on eût voulu lui faire subir un changement complet, de judiciaire la rendre légale, c'est au Titre *Quibus modis tollitur obligatio*, et non à celui qui traite *des actions*, qu'on eût dû en parler aux Institutes. Même observation pour le Digeste et le Code. Le § 39, *De act.* (Inst.), qui présente la compensation comme un moyen d'empêcher le créancier d'obtenir tout ce qu'on lui doit, eût dû être supprimé. Il n'en est rien : Justinien, dans ses divers ouvrages, suit l'ordre et le langage des anciens jurisconsultes. C'est qu'à ses yeux la compensation est toujours judiciaire et ne produit d'effet qu'autant qu'elle est opposée.

Mais abordons des preuves plus directes.

1° De l'idée de compensation légale on doit tirer cette conséquence, que, si le débiteur qui se trouve libéré par ce moyen ne s'en prévaut pas et paye, il a la *condictio indebiti*, mais nullement son ancienne action qui s'est trouvée éteinte par la compensation opérant à l'insu des parties et malgré elles. Cette déduction est nécessaire, et si elle est démentie par les textes, c'est que le principe lui-même sera faux.

Or nous voyons bien dans les sources que le débiteur qui paye au lieu de compenser a la *condictio indebiti* (fr. 10, § 1); mais cela ne prouve nullement que sa dette fût éteinte *ipso jure*, car c'était un principe constant que celui qui avait une *exception perpétuelle* pour se défendre et qui payait, avait la répétition de l'indû (fr. 40, *De cond. ind.*; § 266, *Vatic. fragm.*). Nous voyons de plus, ce qui est inconciliable avec le système que nous réfutons, que le débiteur avait son ancienne action. Cela résulte du fr. 7, § 1, *De comp.*, de la const. 2 d'Antonin Caracalla, de la const. 6 d'Alexandre Sévère, de la const. 13 de Dioclétien, constitutions que Justinien s'est appropriées en les insérant dans son Code. Ce dernier point n'a jamais paru douteux aux meilleurs interprètes du droit romain. *Certi juris est ei qui compensatione non est usus nihilominus semper salvam esse veterem petitionem* (Doneau, *Comm. jur. civ.*, lib. XVI, cap. XV, n° 40). *Salva ei manet vetus petitio* (Vinn., § 30, *Inst.*). Rien ne peut prouver plus clairement que les deux dettes ne s'étaient point éteintes jusqu'à due concurrence, *ipso facto, sine voluntate debitorum*.

Il faudrait même aller plus loin et dire que le débiteur qui pouvant opposer la compensation s'est laissé condamner, n'a plus aucune action contre celui qui a été tout à la fois son créancier et son débiteur; car, d'une part, la créance qu'il avait est éteinte légalement, ainsi que l'était celle qui existait contre lui et qu'il a été mal à propos condamné à payer, et, d'autre part, s'il a été condamné par sa négligence ou par suite des circonstances à payer une dette dont il était légalement libéré, c'est un malheur contre lequel il n'a d'autre ressource que de faire réformer la sentence si c'est encore possible. Voilà quelle devrait être la conséquence rigoureuse du principe de la compensation légale; on ne peut y échapper que par un défaut de logique; nous nous trouvons donc heureux de reconnaître que la législation romaine n'avait pas admis un principe dont elle n'eût pû éviter les résultats iniques que par une inconséquence.

2° Nous voyons dans les fragments de Gaius que le fidéjusseur peut à son choix opposer en compensation, soit la créance qu'il a personnellement contre le créancier, soit la créance qu'a contre lui le débiteur principal. Cette faculté laissée au fidéjusseur de déterminer la créance qui sera éteinte par la compensation, n'est-elle pas exclusive de toute compensation légale? N'est-ce pas la créance qu'avait le débiteur principal qui a dû s'éteindre en vertu de la loi, dès qu'elle a existé avec celle dont il était tenu? Et comment concevoir alors que le fidéjusseur puisse ressusciter une créance éteinte par la toute-puissance de la loi, pour la soumettre à une nouvelle cause d'extinction?

3° La compensation, si elle a lieu par la force de la loi, doit s'opérer même à l'insu des parties; l'ignorance de l'existence des deux dettes ne doit être nullement un obstacle dans ce système. Or, précisément, Justinien décide que la compensation n'aura pas lieu si les dettes ne sont pas liquides, c'est-à-dire si leur existence est incertaine ou leur montant non fixé [1].

Ne faut-il pas reconnaître que, si l'empereur n'admet point la compensation lorsque l'existence de la dette est contestable, il

[1] « Une dette est liquide lorsqu'il est constant qu'il est dû et combien il est dû, » *cùm certum est an et quantùm debeatur.* » (Pothier, Oblig., n° 628, éd. in-8° de 1821.)

doit la rejeter à plus forte raison quand elle est tout à fait ignorée des parties? Que s'il la repousse quand le montant seul est inconnu, il ne peut sans inconséquence l'autoriser lorsque la dette elle-même est ignorée.

4° Le système d'une compensation légale exige nécessairement que les objets des deux créances soient parfaitement fongibles. Or nulle trace de cette condition ne se trouve dans le corps de droit de Justinien. Loin de là, plusieurs textes admettent la compensation pour des dettes de corps certains (fr. 18, § 4, *Commodat.*; fr. 10, § 2, Vers. *idem est et si condicatur ex causâ furtivâ;* Const. 6, 8). Or, on ne peut comprendre comment une condition de cette importance, si elle eût réellement existé, n'eût pas été signalée en première ligne et développée avec les détails qu'elle mérite; les commentateurs sont remplis de règles à cet égard, règles nécessaires à leur point de vue, mais sans aucun appui dans les sources. Dans le système d'une compensation judiciaire, au contraire, la diversité des objets dans les dettes n'est point un obstacle à la compensation. En effet, quand l'*ordo judiciorum* était en vigueur, les condamnations ayant toujours pour objet une somme d'argent, la compensation se comprenait facilement, et même depuis que, par suite de l'abolition de ce système de procédure, le juge fut tenu de condamner à la chose elle-même, la compensation dut recevoir une application fréquente, parce que, par la force des circonstances, la condamnation aboutissait souvent à des dommages-intérêts, c'est-à-dire à une somme d'argent, bien que l'objet de la dette fût primitivement un corps certain ou une quantité de choses non fongibles.

Un fragment des sentences de Paul, singulièrement placé par les compilateurs d'Alaric au titre *De pignoribus* [1], fait mention de la condition que les dettes soient *ex pari specie ;* mais ce passage se réfère évidemment à la compensation de l'*argentarius*, pour laquelle nous savons par Gaius (*Comm.* IV, § 66), que la

[1] « Compensatio debiti ex pari specie et causâ dispari admittitur : velut si tibi pecuniam debeam, et tu mihi pecuniam debeas aut frumentum aut cætera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causâ cadis. »

parité dans les objets était nécessaire. La fin du passage le prouve; en effet, il est dit : *si totum petas*, *plus petendo causâ cadis*. Ces expressions, qui s'appliquent parfaitement à la compensation que le banquier doit faire lui-même dans son *intentio*, ne peuvent convenir à celui auquel la compensation peut être opposée par voie d'exception. Ce dernier, quand il demande le tout, sans défalquer ce qu'il doit lui-même, ne demande pas plus qu'il ne lui est dû. Seulement on pourra lui opposer l'exception de dol, et si on ne la lui oppose pas il obtiendra condamnation pour le total; si on la lui oppose, la condamnation sera restreinte, et même dans l'opinion qui admet que l'exception de dol dûment vérifiée entraîne nécessairement l'absolution du défendeur, le demandeur perdrait son procès par l'effet de l'exception, mais nullement par plus-pétition. Paul ne pourrait dire de lui : *plus petendo causâ cadis*. Ce passage ne s'applique donc pas, comme on l'a cru longtemps, à la compensation ordinaire. Il suffit de le rapprocher du § 68 du quatrième commentaire de Gaius, pour comprendre quelle en était la véritable portée [1].

5° L'admission de la compensation opérant *ipso jure* dans les actions *in rem*, prouve également que ces expressions n'ont pas le sens qu'on leur donne dans le système contraire. En effet, pour que la compensation soit possible, dans une revendication par exemple, il faut nécessairement supposer que le défendeur se trouve par sa faute ou par d'autres circonstances dans l'impossibilité de restituer l'objet même de la revendication, et par suite obligé de payer la valeur de la chose et des dommages-intérêts. On comprend alors, mais seulement alors, qu'il oppose en compensation ce qui peut lui être dû par le revendiquant. Le juge devra en pareil cas, pour opérer la défalcation, liquider ce que doit le défendeur, et ce n'est qu'à partir de ce moment que la compensation produira son effet, puisqu'elle n'a pas lieu tant que les dettes ne sont pas liquides (Const. 1, § 1). La compensation n'aura donc pas lieu dans ces actions avant la sentence; elle sera donc uniquement judiciaire, nullement légale; donc les expres-

[1] « Prætereà compensationis quidem ratio in intentione ponitur : quo fit ut si factâ compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causâ cadat et ob id rem perdat. »

sions *ipso jure*, qui s'appliquent aussi aux actions *in rem*, ne signifient rien autre chose que *sans le secours d'exception*, et ne désignent point une compensation s'opérant par la seule force de la loi, puisque précisément dans une classe nombreuse d'actions où la compensation a lieu également *ipso jure*, elle n'aura pas lieu par la seule force de la loi.

6° Le fragment 10, *De duob. reis*, ainsi conçu : « Si duo rei » promittendi socii non sint, non proderit alteri quòd stipula- » tor alteri pecuniam debet (Pap., lib. 37, *Quæst.*), » implique évidemment que la compensation n'a pas opéré à l'insu des parties l'extinction de la dette. En effet, si l'un des débiteurs solidaires était libéré par la circonstance qu'il est devenu créancier du créancier commun, il en résulterait que le codébiteur se trouverait libéré également, et pourrait se prévaloir de l'extinction légale de la créance, comme il pourrait se prévaloir d'un payement fait par son codébiteur, puisque, dans le système combattu, la compensation produit de plein droit le même effet qu'un payement. S'il n'en est point ainsi, c'est que la compensation ne produit d'effet qu'autant qu'elle est opposée.

On s'explique d'ailleurs très-bien qu'on n'ait pas permis au débiteur solidaire de l'opposer du chef de son codébiteur non associé. L'équité, en effet, n'exigeait pas qu'il pût la faire valoir, puisqu'il n'a aucun rapport avec ce même codébiteur.

Que si on objectait que ce texte, qui suppose un contrat *stricti juris*, se rapporte à une époque où la compensation n'avait lieu qu'*exceptionis ope*, il nous serait facile de répondre que Justinien, en insérant ce fragment dans le corps de droit, se l'est approprié, ou qu'il eût dû tout au moins le faire plier par des modifications à son nouveau système, si réellement il avait établi une nouvelle théorie.

En présence de pareilles preuves, qui paraissaient déjà décisives aux Accurse, aux Alciat, aux Doneau, aux Brunnemann, aux Vinnius, qui pourtant n'avaient pas le secours des sources nouvelles, on peut être surpris que le système d'interprétation contraire ait pu être admis par d'aussi grands jurisconsultes que Duaren, Cujas, Domat et Pothier. Aussi est-ce un devoir pour nous que d'examiner avec soin les arguments sur lesquels ils l'appuient.

Nous ne reviendrons pas sur la valeur des mots *ipso jure* qu'invoquent Cujas, et à sa suite Domat et Pothier, puisque tout argument fondé sur ces expressions, susceptibles de plusieurs sens, renferme une pétition de principe, quelle que soit l'opinion qui le fasse valoir.

Nous ne nous arrêterons pas non plus longtemps sur l'argument tiré de la *condictio indebiti*, accordée à celui qui, pouvant compenser, payait sa dette (fr. **10**, § **1**); car tout le monde sait que cette action était donnée à celui qui, bien que débiteur d'après le droit civil, aurait pu se dispenser de payer au moyen d'une exception perpétuelle (fr. **40**, *De cond. indeb.*, § 266, *Vat. fragm.*). Le droit d'intenter cette action ne prouve donc nullement que la dette payée n'existât plus; cette conséquence d'ailleurs serait démentie formellement par les textes et par les autorités que nous avons cités à cet égard (p. 758), et qui reconnaissent au débiteur le droit d'exercer sa propre cause.

La disposition qui fait arrêter le cours des intérêts à partir du jour où les deux dettes ont coexisté (fr. **11**, const. 4 et 5, *De comp.*, et const. 7, *De solut.*), et de laquelle on a conclu que les dettes avaient cessé d'exister dès ce moment, puisqu'elles ne produisaient plus d'intérêts, ne fournit à l'opinion contraire qu'une preuve spécieuse. En effet, qu'on se rappelle que c'est l'équité qui est la source de la compensation; que c'est elle, par conséquent, qui doit en déterminer les effets et l'étendue. Partant de là, les jurisconsultes ont bien pu décider que le compte des intérêts serait arrêté du jour où les deux dettes auraient pu être payées réciproquement, parce qu'en effet il est équitable que les parties soient dans la même position que si elles avaient acquitté exactement leurs dettes au jour de l'échéance. *Æquitas compensationis usurarum computationem excludit*, porte la const. 5. Au reste, cette conséquence n'a pas été admise de prime abord dans les actions *stricti juris*. C'est l'empereur Septime Sévère [1] qui fit le premier produire cet effet

[1] Et non pas Alexandre Sévère, comme le prétend Cujas (ad tit. *De comp.*, cod.). *Divo Severo constitutum est*, dit Ulpien. Ce jurisconsulte, mort en 228, n'aurait pas pu s'exprimer ainsi sur Alexandre Sévère, mort seulement en 235; car chacun sait que la qualification de *divus* n'était donnée qu'aux empereurs qui

général à la compensation. Ajoutons que cette même constitution prouve péremptoirement que, si le compte des intérêts s'arrête au moment où les deux créances ont existé simultanément, ce n'est point parce que les deux dettes s'éteignent à ce moment, mais uniquement par équité. En effet, elle admet cette cessation rétroactive des intérêts d'une manière générale, c'est-à-dire aussi dans les actions *stricti juris*, à une époque où la compensation avait encore lieu dans ces actions au moyen seulement de l'exception de dol : car, de l'aveu de tous, la compensation n'a pas eu lieu *ipso jure* avant Alexandre Sévère, et même, selon quelques-uns, avant l'abolition des formules. Ainsi donc la cessation rétroactive des intérêts n'est nullement une conséquence de ce que la compensation s'opère *ipso jure*, puisqu'elle est de beaucoup antérieure à ce mode de l'opérer.

L'induction que l'on voudrait tirer du fragment 4, dans lequel il est dit que le fidéjusseur doit de moins ce qui est dû au débiteur principal, n'est d'aucune valeur; car il ne dit en aucune façon que, pour que ce résultat ait lieu, il n'est pas nécessaire que la compensation soit opposée en justice. Le fragment 5, que les compilateurs ont ajouté immédiatement, le prouve de la manière la plus évidente, puisqu'il donne au fidéjusseur le choix d'opposer en compensation ce qui lui est dû ou ce qui est dû au débiteur principal.

Que si on voulait conclure du fragment 4 et de la loi 21 qu'il y a plus-pétition à demander toute sa créance, sans tenir compte de la compensation, nous ferions remarquer que ces textes, ainsi que nous l'avons prouvé plus haut, se rapportaient dans leur rédaction primitive à la compensation de l'*argentarius*, et que leur insertion dans le Digeste n'a sous ce point de vue aucune portée, puisqu'il n'y a plus sous Justinien de conséquences attachées à la plus-pétition.

En résumant cette première partie de notre recherche, nous arrivons à ce double résultat : Premièrement, la compensation ne produit pas d'effet lorsqu'elle n'est pas opposée; en second

avaient reçu l'apothéose. Pothier n'est pas tombé dans cette erreur (Oblig., n° 636, édit. de 1821).

lieu, une fois opposée elle rétroagit au jour où elle eût pu être opposée; elle produit l'effet d'un payement réalisé à cette époque. Il nous reste à voir comment la jurisprudence française a tiré parti de ces matériaux.

FRÉDÉRIC DURANTON.

(*La suite à un prochain cahier.*)

Étude historique et critique sur la transmission de la propriété par actes entre-vifs.—Transcription sous le Code civil et sous le Code de procédure.

Par M. HUREAUX, juge au tribunal civil de Charleville.

Suite. — *V.* plus haut, p. 678.

SECTION II. — *Code civil.*

27. L'occupation, l'accession et les acquisitions *lege* sont conservées, sauf quelques modifications. Au fond, c'est le même système que celui de l'ancienne jurisprudence.

La difficulté est donc de savoir si les auteurs du Code ont entendu conserver la tradition et la transcription, comme moyens de transmission par suite des actes entre-vifs, ou si, au contraire, ces deux moyens, qui formaient la base du système de la translation du domaine au moment où la loi s'élaborait, ont été abolis par elle [1].

Suivons, dans l'examen de cette question, l'ordre du Code lui-même.

28. D'après le projet de l'an VIII, la transmission de la propriété par actes entre-vifs est organisée de la manière suivante :

Entre les parties, la convention transporte la propriété mobi-

[1] Notons en passant, et comme fait dont nous tirerons plus tard des conséquences, que, parmi les acquisitions *lege*, le jugement d'adjudication par suite d'expropriation forcée est assujetti par le Code civil à la nécessité de la transcription (art. 2189), ce qui est reproduire l'article 22 de la loi sur la saisie immobilière du 11 brumaire an VII.

lière et immobilière (art. 37 du Titre des conventions en général). On consacre ainsi la théorie que nous avons vue adoptée, au moins implicitement, chez quelques auteurs de l'ancienne jurisprudence. Dans un système sous lequel l'obligation de donner doit s'exécuter en nature, il est vrai de dire que, du vendeur à l'acheteur, la propriété est transférée par la simple convention. L'article 37 précité ne fait donc que consacrer législativement une propriété relative dont le germe existait déjà avant lui. Jusque-là il n'est pas encore question des tiers. Voici maintenant ce qui les concerne.

§ 1er. — Transmission des immeubles au regard du public, suivant le projet du Code civil.

29. Le projet, après avoir statué sur la transmission de la propriété entre les parties, par l'article 37 (aujourd'hui art. 1138), organise la transmission en ce qui touche le public. C'est l'objet de l'article 38. La mutation résulte d'un événement auquel l'autorité publique donne le caractère translatif *coràm populo*. Cet événement est un acte authentique, qui vaut tradition de la propriété *ergà omnes*. C'est la consécration formelle de la théorie d'Argou et de Bourjon, de ce dernier surtout, qui a servi de guide aux rédacteurs du projet en ce qui touche la transmission des meubles et des immeubles.

« Dès l'instant, dit cet article 38, que le propriétaire a con- » tracté par acte authentique l'obligation de donner ou livrer un » immeuble, il en est exproprié, l'immeuble ne peut plus être » saisi sur lui par ses créanciers. L'aliénation qu'il en fait posté- » rieurement est nulle, et la tradition (réelle ou fictive) qu'il » aurait pu faire à un second acquéreur ne donne aucune préfé- » rence à celui-ci. »

Rapprochez maintenant cet article 38 de l'article 25 du projet du Titre de la vente, qui s'exprime ainsi : « La tradition des im- » meubles s'opère par l'acte seul qui en transfère la propriété. »

Rapprochez enfin l'un des considérants de l'avis du conseil d'État du 8 août 1805, que nous aurons sous d'autres rapports occasion de critiquer plus tard, mais qui n'est pas moins l'ex-

pression la plus manifeste de la volonté primitive du législateur en ce qui concerne la tradition.

Ce considérant est ainsi conçu :

« Les principes qui ont régi la matière (la transmission » des immeubles au regard du public) jusqu'à la loi du 11 bru- » maire an VII, étaient que l'immeuble vendu n'était passible » d'hypothèques provenant du chef du vendeur, que jusqu'au » jour où *la tradition avait été faite par acte authentique*, le » vendeur ne pouvant plus grever le fonds qui n'était plus le sien. » Ces principes ont subi un changement *momentané* par suite de » l'article 26 de la loi de brumaire an VII..... »

Et concluez de tout cela que les auteurs du Code civil n'entendaient nullement rompre avec le passé. Rejetant la tradition réelle du droit romain, ils acceptaient la *tradition feinte* de l'ancienne jurisprudence. En un mot, ils consacraient ce qui se passait dans la pratique avant la loi du 11 brumaire an VII. Seulement ils rendaient inutiles toutes les clauses de tradition qui, devenues de style, se retrouvent dans tous les contrats anciens. Pour eux, l'acte authentique remplaça la tradition ; mais l'exécution de l'obligation de donner, pour s'opérer par un acte authentique au lieu de s'opérer par la remise matérielle comme dans le droit romain, n'en resta pas moins une véritable aliénation en ce qui touche les tiers. Cela est si vrai que, pour payer valablement, c'est-à-dire ici pour faire la tradition d'un immeuble par acte authentique, il faut être capable d'aliéner (Projet, art. 132 du Titre des conventions en général ; Code civil, article 1248). Or il est évident que, dans un système sous lequel le payement est une aliénation, le simple pacte qui le précède n'a pas consommé l'aliénation elle-même [1].

30. Voilà pour les immeubles. Avant de dire quelques mots sur la théorie de la transmission des meubles, faisons une remarque bien importante. Ce système, emprunté à la pratique des affaires au moment de la Révolution, se rapproche singulièrement des idées admises parmi les interprètes du Code civil ;

[1] « Le payement est un transport de propriété. Pour payer valablement, il faut » donc être à la fois propriétaire et capable d'aliéner. » (Bigot-Préameneu, Exposé des motifs du Titre des contrats et obligations.)

mais, que l'on ne s'y trompe pas, il en diffère sous un rapport capital. Le simple pacte n'y transporte pas la propriété *à l'égard des tiers* sous la réserve de la preuve qui peut être administrée par tous les moyens reconnus par la loi. Rendons cela sensible par un exemple :

Primus vend à *Secundus* l'immeuble A. Il meurt avant d'avoir fait à l'acheteur la tradition par acte authentique. Toutefois il résulte de ses registres ou de lettres émanées de lui un commencement de preuve par écrit, qui permet à *Secundus* d'établir l'acquisition qu'il a faite, au moyen de la preuve testimoniale et des présomptions. Un procès s'engage et *Secundus* fait la preuve à sa charge de la manière la plus complète. Mais, dans le temps intermédiaire qui s'est écoulé depuis le décès jusqu'au jour de sa demande, les héritiers de *Primus* ont vendu l'immeuble à *Tertius* qui en a accepté la tradition par acte authentique. *Quid juris?* Cette question doit, en bonne logique, se résoudre ainsi dans le système de nos adversaires. Le simple pacte constituant le *jus in re*, sous la réserve de la preuve qui est faite aujourd'hui, les héritiers de *Primus* n'ont pu transmettre à *Tertius* des droits qui n'appartenaient plus à leur auteur. La vente à ce dernier se trouve donc avoir été consentie *à non domino*, et *Secundus* obtient la revendication contre lui. Eh bien! voilà qui est extrêmement dangereux. Avec un tel système il n'existe pas en France une seule propriété assise d'une manière certaine, si ce n'est lorsque l'usucapion est accomplie. Les rédacteurs du projet ont-ils eu cette pensée? Jamais. Pour dessaisir le vendeur et investir l'acheteur, *aux yeux du public*, ils exigeaient au moins une *tradition civile* par acte authentique [1]. L'*instrument* en effet est toujours postérieur à la convention, et rien n'était plus naturel que d'en faire résulter la tradition dans un système qui se souciait peu de la publicité et qui la repoussait même comme attentatoire au secret des familles et à la bonne foi qui est la base des contrats [2].

[1] « Dessaisine et saisine faite en présence de notaires et de témoins vaut et équipolle à tradition et délivrance de possession. » (Loysel, n° 746, édit. de MM. Dupin et Édouard Laboulaye.) Voilà la maxime que les auteurs du projet avaient prise pour base de leur système.

[2] On sait que le projet de l'an VIII n'admettait pas la publicité des hypothèques.

§ 2. — Transmission des meubles au regard du public, suivant le projet.

31. Une tradition feinte, résultant d'un acte authentique, ne suffit pas pour cette espèce de biens, parce que pour les meubles la possession matérielle doit jouer un rôle important. La sûreté du commerce s'oppose à ce qu'un acte secret puisse constituer la propriété mobilière, qui, n'ayant pas d'assiette fixe, repose rarement sur des titres écrits. Le public est par conséquent dispensé de les rechercher. La règle générale est donc, *en fait de meubles, possession vaut titre.* Concluons que le titre ne vaut pas possession [1].

Le projet exige, en conséquence, une possession réelle : c'est l'objet des articles 39 du Titre des conventions en général (C. civ., art. 1141) et de l'article 40 du Titre de la prescription (C. civ., art. 2279). Cette possession réelle s'acquiert pour les meubles, suivant l'article 26 du Titre de la vente (C. civ., art. 1606), comme le domaine absolu s'acquiert par la tradition de droit réglée pour les immeubles dans l'article 25 qui le précède.

32. Complétant le système en ce qui touche les choses incorporelles, nous dirons que la tradition des créances s'opère à l'égard des tiers par la signification du transport. L'article 111 du projet du Titre de la vente présente une équivoque, qui disparaîtra dans la rédaction définitive. Ici encore on consacre la théorie des anciens auteurs [2].

Enfin, fidèle jusqu'au bout aux idées admises avant la Révolution, le projet (Tit. de la vente, art. 27) reconnaît qu'il y a tradition d'une hérédité, d'une servitude, lorsque celui qui les transporte souffre que l'autre en use [3].

33. Il demeure donc constant que les rédacteurs du projet n'ont entendu innover en rien. Ils consacraient tout simplement ce qui se passait avant la Révolution.

[1] *V.* Bourjon, t. I, liv. 3, tit. 2, chap. 1er, p. 458.

[2] *V.* notamment Bourjon, qui (t. I, liv. 3, tit. 5, sect. 2, n° 8, p. 465) s'exprime ainsi : « On entre en possession des droits incorporels cédés, par la signification du transport..... *Telle mise en possession produit tous les effets d'une possession corporelle.* »

[3] Comparez Pothier, Traité de la propriété, nos 214, 215, 216 et 217.

Nous avons à voir maintenant si toute cette théorie a été modifiée par la rédaction définitive du Code civil. Nous commencerons par quelques observations sur les points qui ne touchent à notre question de la transcription que d'une manière indirecte.

§ 3. — Transmission des choses incorporelles, sous le Code civil.

34. Il n'apparaît certainement pas que l'on ait voulu créer une théorie nouvelle en cette matière. Comme dans l'ancienne jurisprudence, l'article 1690 ne saisit le cessionnaire à l'égard des tiers que par la signification du transport, ou par l'acceptation du débiteur dans un acte authentique.

L'article 1607 reproduit la théorie de Pothier, en ce qui concerne la vente d'une hérédité ou la constitution d'une servitude.

Concluons de là que la servitude non livrée s'évanouit par la vente du fonds servant, si elle n'est pas déclarée par le contrat, sauf une action en dommages-intérêts du créancier de la servitude contre le constituant de mauvaise foi. C'est ainsi que cela était entendu au rapport de Voët (*Tit. Quemadmodum servitutes amittuntur*, n° 1)[1]. Jusqu'à la remise des titres, ou jusqu'à l'*usus* et la *patientia*, jusqu'à la *quasi juris possessio*, en un mot (C. civ., art. 2228), l'acheteur d'une hérédité ou le créancier d'une servitude n'ont pas encore acquis la *puissance* sur la chose (art. 1604). Ils ne sont propriétaires que relativement au vendeur et au constituant, suivant les articles 1583 et 1138 du Code civil.

N'est-il pas de la plus haute importance pour le public que l'acheteur s'annonce par quelques actes extérieurs comme étant désormais le véritable maître, que les titres ne restent pas entre les mains du vendeur d'une hérédité, afin qu'il ne puisse faire des dupes en se posant vis-à-vis d'un second acheteur comme étant toujours propriétaire? Est-ce que les servitudes, l'usage et l'habitation, et tous ces droits réels qui, de leur nature, se révèlent difficilement par eux-mêmes, ne doivent pas être, autant que possible, portés à la connaissance de tous par quelque chose qui frappe les yeux? Sans doute le système ancien qui est la base

[1] *V.* cependant Toullier, t. IV, n° 60.

de l'article 1607, est loin d'atteindre le but d'une manière complète, et lors de la révision de la loi hypothécaire, on ne manquera pas de faire pénétrer la publicité dans toutes les matières qui la réclament plus que les autres; mais enfin la *tradition* de l'article 1607 vaut encore mieux qu'un simple pacte, c'est-à-dire une pensée qui n'avertit personne. Cet article donne au moins quelque garantie contre la fraude, en exigeant une remise de titres ou une prise de possession. Il faut donc s'y rattacher et lui reconnaître le sens que lui refuse la doctrine des interprètes. On perd de vue que les auteurs du Code, qui ont mis dans leur travail une précipitation extraordinaire (quatre mois), n'avaient guère le temps de chercher des théories nouvelles. Ils copiaient Pothier et les jurisconsultes anciens. Ils les ont suivis ici comme presque toujours.

Dira-t-on qu'il résulte de l'article 1605 que la délivrance des immeubles, n'ayant plus pour objet que la mise en possession de l'acheteur et l'accomplissement de l'une des obligations du vendeur, n'a aucun trait à la mutation de la propriété au regard des tiers : d'où suit que la tradition ne doit pas avoir plus d'effet en ce qui touche la transmission et constitution des droits ou choses incorporelles?

La réponse est que l'article 1605, qui ne se trouvait pas dans le projet, n'a été inséré dans la rédaction définitive qu'à cause de la transcription. Dès que le législateur considérait cette formalité comme remplaçant la tradition de l'article 25 du projet du Titre de la vente, la délivrance des biens susceptibles d'hypothèque était nécessairement restreinte à une simple exécution du contrat entre les parties; mais de ce que les idées du projet ont été modifiées sous un rapport, afin d'éviter un double emploi, il ne s'ensuit nullement qu'elles aient été abandonnées pour le surplus, quand il ressort au contraire de l'article 1607 que l'article 27 du projet a été formellement conservé. Si l'article 1607 n'avait pas la signification que nous lui donnons, il faudrait dire :

La propriété des meubles s'acquerra au regard des tiers par la possession réelle (art. 1141, 1606, 2279);

La propriété des créances, par la signification du transport ou son équivalent (art. 1690);

La propriété des biens susceptibles d'hypothèques, comme cela sera démontré plus tard, par la transcription (art. 1583, 2108, 2181);

L'hypothèque, par l'inscription (art. 2134);

Le droit de gage, par la tradition réelle (art. 2076);

Mais les servitudes et autres choses incorporelles seront les seuls droits réels qui s'acquerront par la simple convention, et cela en présence de l'histoire, qui nous apprend que le *jus in re* a toujours été soigneusement distingué du *jus ad rem*, la théorie du droit de créance de la théorie des droits réels!....

Non, cela est impossible. Tous ces systèmes nouveaux n'ont de fondement que dans l'esprit des spiritualistes de notre époque. Entraînés au delà de la vérité par quelques mauvaises rédactions de textes, ils ont réduit la partie la plus importante de la section *de la délivrance* à peu près à néant, uniquement parce qu'elle contrariait leur doctrine. Si, d'après la méthode qui sera éternellement la seule vraie en matière d'interprétation, ils n'avaient admis que des modifications bien constatées, ils seraient arrivés à un résultat tout autre que celui qu'ils ont laborieusement consacré, au grand détriment de la sécurité publique et de la propriété en France.

§ 4. — Transmission des meubles au regard des tiers.

35. La possession réelle continue d'être nécessaire pour constituer le domaine absolu (C. civ., art. 1141, 1583, 1606, 2279). Un argument résulte même, en faveur de notre manière de voir, de la nouvelle rédaction de l'article 1141 : le mot *néanmoins*, qui, dans l'article 39 du projet, indiquait une exception à l'article 38 (supprimé), disparaît de l'article 1141 du Code civil. La raison en est simple.

L'article 39 (aujourd'hui 1141) faisait exception à l'article 38 du projet, qui organisait la transmission des immeubles à l'égard des tiers. Ce dernier article a été supprimé et remplacé par l'article 1140. Il est donc faux de dire que l'article 1141 (projet, art. 39) est une exception à l'article 1138 (projet, art. 37). Il ne pourrait être, dans tous les cas, qu'une exception à l'ar-

ticle 1140; ou, pour parler plus exactement, l'article 1140 annonçant la transcription comme nécessaire pour consommer la transmission des immeubles, l'article 1141 règle la contre-partie du système en ce qui touche les meubles. Jamais l'article 39 (1141 du Code civil) n'a été une exception à l'article 37 (C. civ., 1138), puisque, *entre les parties*, la possession réelle est inutile pour la mutation de la propriété, même mobilière (art. 1583), et que l'article 37 (aujourd'hui 1138) n'avait pour but que de régler la transmission du débiteur au créancier : ce qui concerne les tiers étant régi, pour les immeubles, par l'article 38 (C. civ., 1140), et, pour les meubles, par l'article 39 (aujourd'hui 1141 du Code civil).

Ajoutez à ce qui précède les considérations suivantes. L'article 1141 est placé au Titre des conventions en général; ce qui exclut l'idée qu'on puisse le restreindre à une espèce.

Les observations du Tribunat révèlent d'ailleurs qu'on était bien loin de vouloir le considérer comme une exception, puisque le changement de rédaction qu'il a subi avait précisément pour objet de le rendre applicable à toutes les obligations indistinctement.

36. Cependant la plupart de nos jurisconsultes pensent que le législateur a abandonné toute idée de tradition; que la convention, à elle seule, constitue sur la tête du créancier d'un corps certain la propriété même mobilière; qu'à la vérité, au cas d'une double vente du même objet, la préférence appartient à celui des deux acheteurs qui le premier a été mis en possession réelle de la chose vendue, mais que c'est là une exception au principe général de la transmission par le simple pacte, exception qui doit être restreinte au cas prévu, et qui, loin de détruire la règle, lui prête au contraire son appui; que cette exception se justifie par le principe particulier à notre droit français, à savoir qu'*en fait de meubles possession vaut titre;* que si le second acheteur, mis en possession réelle, l'emporte sur le premier, qui n'a pas reçu livraison de la chose, ce n'est pas que ce dernier ne soit légitime propriétaire par le fait seul de la convention, mais c'est que la vente d'un meuble émanée même *à non domino*, et suivie d'une tradition acceptée de bonne foi,

suffit pour faire acquérir la propriété de cette espèce de biens, ou, ce qui revient au même, met l'acquéreur de bonne foi à l'abri d'une revendication qu'exercerait le maître légitime. Ainsi ce n'est pas dans la personne du vendeur que le second acheteur trouve l'origine de son droit opposable à tous, puisque le vendeur était complétement dessaisi par la première vente, mais bien dans le fait seul de la prise de possession basée sur la bonne foi.

37. Cette explication nous paraît plus ingénieuse que solide; elle suppose la création d'une théorie toute nouvelle, sans aucun précédent, et rien dans les travaux préparatoires du Code ne vient l'appuyer. Elle suppose que le payement, c'est-à-dire l'exécution de l'obligation de donner, se confond avec le simple pacte; ce qui n'a jamais pu entrer dans l'esprit du rédacteur du Code, parce que la convention et l'exécution de la convention sont deux choses nécessairement distinctes. Voici maintenant la véritable raison de décider. L'article 1141 est la reproduction de la célèbre loi 15, au code *De rei vindicatione*, et cette loi n'a pu changer de sens en passant dans le Code civil. Tout le monde sait qu'elle était basée sur le principe général qui refusait à la simple convention le caractère translatif du domaine (L. 20, cod. *De pactis*). Je pense donc, avec MM. Toullier et Troplong [1], que l'article 1141, rapproché des articles 1583 et 1606, règle la transmission des meubles par la prise de possession réelle résultant d'une tradition *ex justâ causâ*, ou de ce qui en tient lieu aux yeux de la loi dans certains cas : le tout émané du véritable maître qu'une simple convention ne dessaisit pas au regard des tiers. Les articles 1141 et 2279 prévoient deux cas différents, quoique au fond ils arrivent à la même conclusion. L'article 1141 statue sur les transmissions consenties par le légitime propriétaire, et l'article 2279 règle surtout une prescription qui s'opère à l'instant même. Ces articles sont pour les meubles, avec une conséquence cependant différente à raison de la nature des biens, ce qu'étaient pour les immeubles les articles 91 (supprimé) et 92 (C. civ., art. 2182) du dernier projet du Titre des

[1] Leur opinion est d'autant plus précieuse qu'ils pensent que le simple pacte suffit pour la transmission de la propriété immobilière.

hypothèques. Si l'article 91, qui prévoyait précisément le cas d'une double vente d'immeubles faite par le légitime propriétaire, et qui donnait la préférence au contrat premier transcrit, eût été conservé, il ne serait jamais venu à l'idée de personne de soutenir que le vendeur de meubles était dessaisi *ergà omnes* par la simple convention, et que la tradition réelle n'était plus nécessaire pour transmettre la propriété mobilière au regard du public. Comment dès lors la disparition de l'article 91 a-t-elle pu donner aux articles 1138 et 1141 un sens qu'ils ne pouvaient avoir dans le dernier état du projet, alors surtout que la volonté du législateur se manifestait par l'article 1140 en ce qui touche les immeubles?

38. D'après cela, nous regardons comme inadmissible la théorie des cours royales[1] qui annulent les saisies pratiquées sur des meubles vendus par le débiteur, mais non encore livrés, comme étant faites *super non dominum*. Les arrêts que nous repoussons décident tous la question par la question; ils supposent prouvé ce qui a besoin de l'être. Rompant sans façon avec un passé unanime, ils établissent une distinction subtile entre des créanciers et des acquéreurs; et cela, sans rapporter la moindre preuve d'un pareil changement.

L'acheteur qui n'a pas reçu livraison de la chose n'est qu'un créancier du vendeur, créancier que rien ne doit faire préférer à d'autres créanciers ses égaux. Qu'importe qu'il soit créancier d'un corps certain, et même propriétaire au regard du débiteur? Le point capital est de savoir s'il est propriétaire au regard des tiers, s'il peut leur opposer son contrat. Or la loi elle-même nous apprend, par le texte formel de l'article 1583 du Code civil, qu'il n'est propriétaire que relativement à telle personne déterminée, ce qui signifie que son droit n'est qu'un droit relatif, un droit de créance, et non pas un droit réel, opposable *adversùs omnes*.

J'irai même plus loin, et je dirai qu'en adoptant toute la théorie de nos adversaires, et en considérant l'article 1141 comme une exception à l'article 1138, il faudrait encore donner à cette

[1] *V.* Orléans, 8 août 1838 (*Palais*, t. II, 1838, p. 272); — Douai, 26 février 1840 (*idem*, t. I, 1841, p. 307), etc.

exception toute l'étendue dont elle est susceptible ; que, dès lors, la conséquence tirée par les cours royales est vicieuse, parce que la saisie, plaçant les meubles sous la main de justice, constitue pour la masse des saisissants une possession aussi respectable que celle résultant d'une tradition faite à un second acheteur, et tout au moins plus respectable qu'un droit éventuel à une possession future et hypothétique qui dépend du caprice et même de la mauvaise foi d'un vendeur. On perd de vue que la tradition réelle des meubles est nécessaire pour éviter les surprises, et qu'abandonnée sous certains rapports en matière d'immeubles, elle a été constamment conservée par l'ancienne jurisprudence, comme étant d'ordre public, en matière de meubles. Il serait bien extraordinaire que ce qui était d'ordre public au moment de la rédaction de nos codes, ait cessé de l'être sous une législation dont l'objet était précisément de constituer la société civile sur des bases inébranlables. Est-ce que le créancier saisissant, qui fait partie du public vis-à-vis de l'acheteur qui vient lui disputer son gage, n'est pas, tant que la chose est entre les mains du débiteur, autorisé à la croire sienne? Est-ce que dès lors il n'a pas juste sujet de regarder le possesseur comme propriétaire, et de ne pas craindre de s'exposer aux frais d'une poursuite que lui garantit la maxime protectrice qui règle la matière? Oui, sans doute : aussi l'ancienne jurisprudence était-elle unanime à cet égard, et cela était fondé, dit Bourjon, qui a fourni au Code civil la théorie de l'article 2279, sur la règle : *en fait de meubles, la possession vaut titre* [1].

39. Il est donc certain que la possession réelle résultant d'une tradition matérielle ou de tout autre équivalent reconnu par la loi (art. 1606, §§ 2, 3) est encore nécessaire pour constituer la propriété mobilière au regard des tiers. L'article 1141 ne donne qu'un exemple, qui, *à fortiori*, comprend tous les autres cas. S'il a été rédigé sous forme d'exemple, c'est parce que le texte romain qui lui a servi de type est lui-même rédigé sous forme

[1] *V.* Toullier, t. VII, n° 35, et les doctrines qui y sont citées. Ainsi, dans l'ancienne jurisprudence on faisait résulter la nécessité de la tradition des meubles de la maxime précitée, et aujourd'hui on invoque cette maxime pour arriver à un résultat tout contraire !...

d'exemple; mais ce n'est pas une raison pour ne pas rechercher le véritable motif de la loi, et ne pas admettre toutes les conséquences du principe consacré par les siècles. Comment est-il possible qu'un changement aussi capital que celui qu'on prétend avoir été consacré par le Code civil ait été ignoré de l'un des rédacteurs de la loi, de M. Malleville, qui, après avoir tergiversé sous l'article **1138**, conserve sous l'article **1141** la tradition comme nécessaire pour les meubles, puisqu'il renvoie à la loi *Quoties*, où l'article a été puisé, et qui, chose bien remarquable, finit par la conserver pour la transmission des immeubles dans ses commentaires de l'article 2182 [1]?

40. *Quid* si la vente mobilière renfermait un bail consenti au profit du vendeur par l'acheteur, de telle sorte que le déplacement des meubles n'eût pas eu lieu en réalité? l'interversion de la possession vaut-elle tradition?

La loi est muette sur cette question, pourtant bien importante. Il semble, d'après les principes qui ont dicté le § 3 de l'article **1606**, que le consentement de l'acheteur à ce que le vendeur conserve les meubles objet du contrat, à titre de bail, vaut tradition *ergà omnes*. Car le preneur ne possède plus pour lui, il possède pour son bailleur. La subtilité du droit milite en faveur de cette manière de voir. Cependant, comme la loi a gardé le silence, il est plus juste de dire que le bail ne doit avoir d'effets qu'entre les parties contractantes, et que la rétention précaire du vendeur ne peut être opposée aux tiers. Le § 3 de l'article **1606** est une exception à la règle de l'article **1141**; il doit être rigoureusement restreint aux cas prévus. S'il était permis de laisser les meubles vendus rester à titre de bail entre les mains du vendeur, et si un tel bail pouvait être un obstacle aux saisies pratiquées sur ce dernier, il n'existerait pas un seul débiteur qui ne pût avoir par devers lui de quoi soustraire son mobilier à ses créanciers légitimes; tous les bienfaits de la tradition seraient perdus.

Aussi les rétentions précaires, en fait de meubles, étaient-elles

[1] *V.* l'édition de 1805. Il paraît avoir modifié ses idées dans l'édition de 1822; mais ce qui importe surtout à l'histoire, c'est de connaître la pensée des rédacteurs du Code au moment où il a été fait.

proscrites dans l'ancienne jurisprudence ; et, le Code civil ayant sur toutes ces matières reproduit la théorie de Bourjon [1], on ne doit pas hésiter à considérer comme inefficace, à l'égard des créanciers du vendeur, la tradition fictive résultant d'une clause de bail toujours suspecte par elle-même. L'acheteur de meubles, n'étant propriétaire, avant le déplacement, qu'à l'égard de telle personne déterminée, ne peut concéder un bail au vendeur que dans les limites de son droit. Si l'on objecte qu'il sera toujours facile de déplacer les meubles pour consommer l'aliénation, et de les réintégrer aussitôt dans les mains du vendeur à titre de bail, que par conséquent nous exigeons une pantomime inutile, nous répondrons d'abord que cela est toujours une entrave à la fraude, et puis ensuite que les tribunaux, appréciateurs des faits, ne manqueront pas d'annuler un bail qui ne présenterait pas tous les caractères de la bonne foi.

Quelle source de procès ne tarirait-on pas si l'on adoptait notre manière de voir [2] !

41. On sent, du reste, qu'il n'est pas toujours nécessaire qu'il y ait déplacement matériel pour constituer la tradition réelle de la chose vendue.

Ainsi, j'achète de mon fermier sortant les meubles qui lui appartiennent ; un autre fermier en prend possession en mon nom. Il est bien certain que, si le déplacement des meubles ne se rencontre pas ici matériellement, il n'en existe pas moins par le changement de détenteur. Les tiers ne peuvent être induits en erreur : d'où suit que l'objet de la tradition est rempli, et que par conséquent la transmission est légitimement consommée au regard des créanciers du vendeur.

[1] *V.* Toullier, t. VII, n° 41 ; Bourjon, Droit commun de la France, t. I, *De l'achat des meubles*, tit. 2, chap. 1er, liv. 3. *V.*, sur la question de déplacement, liv. 2, chap. 6, tit. 1er, sect. 3.

[2] La statistique des demandes en revendication ou distraction d'objets saisis serait la meilleure réponse au système de nos adversaires. On ne se figure pas la multitude de procès que fait surgir cette théorie de la transmission des meubles par le simple pacte.

§ 5. — Transmission des immeubles au regard des tiers.

42. Le projet de l'an VIII a-t-il été modifié en ce qui touche la mutation des immeubles susceptibles d'hypothèques? Ceci, à nos yeux, ne peut être l'objet d'un doute.

En effet, l'article 37, qui, au Titre des conventions en général, statuait sur la transmission mobilière et immobilière entre les parties, est conservé (C. civ., art. 1138). Il n'est rien innové en ce point; plus tard la loi s'en expliquera d'une manière formelle, et fera application de la théorie au cas de vente (art. 1583), comme déjà elle l'a appliquée au cas de donation (art. 938 combiné avec les articles 939-941).

L'article 38, qui statuait sur la transmission de la propriété immobilière au regard du public disparaît, et il est remplacé par l'article 1140, qui nous dit que nous apprendrons au Titre de la vente et au Titre des hypothèques comment l'on devient propriétaire des immeubles au regard des tiers.

Le législateur abandonne donc son premier système, ou tout au moins il veut conserver la question entière, se réservant de la résoudre aux Titres de la vente et des hypothèques.

Au Titre de la vente, revient-il à sa première idée, qui consistait à donner le caractère translatif à une *tradition fictive*, résultant d'un acte authentique qui constate une convention préexistante dont l'effet était jusque-là restreint entre les parties? Loin de là, il crée l'article 1583, qui ne se trouvait pas dans le projet.

Cet article nous apprend que la convention, qu'il suppose prouvée (puisqu'autrement ce ne serait pas une convention), ne peut avoir à elle seule l'effet de transmettre le domaine vis-à-vis du public. Bien plus, il supprime l'article 25 du projet du Titre de la vente, qui, combiné avec l'article 38 du Titre des conventions en général, consacrait l'ancienne tradition civile par acte authentique, comme moyen de transmission à l'égard des tiers : de peur que l'on ne s'imagine que la convention, constatée par acte authentique, vaut translation du domaine *ergà omnes!*... Pourquoi donc tous ces remaniements? Eh! pourquoi? C'est parce que la majorité des membres du conseil d'État repoussait avec raison

le système de clandestinité, que les rédacteurs retardataires du projet de l'an VIII avaient adopté dans leur régime hypothécaire. C'est que, dès le Titre des donations, les idées s'étaient fixées sur la transcription de la loi de brumaire, comme les discussions au conseil d'État et tout le Titre des hypothèques le prouvent. C'est que, par conséquent, un remaniement était devenu nécessaire dans les articles 38 du projet du Titre des conventions en général et 25 du Titre du projet de la vente, qui ne pouvaient marcher avec la publicité des transmissions adoptée comme base du système hypothécaire nouveau, ainsi que cela résulte de l'article 91 du dernier projet du Titre des hypothèques.

Ainsi donc, le projet de l'an VIII a été évidemment modifié. Maintenant, dit-on, la transcription a été rejetée au Titre des hypothèques. C'est un point que nous examinerons plus tard. Mais admettons que la transcription ait été rejetée au Titre des hypothèques : faut-il conclure de cette circonstance que, les articles 38 du Titre des conventions en général et 25 du Titre de la vente ayant disparu, la simple convention a la force de transporter la propriété immobilière, et cela *ergà omnes*, sous la réserve toutefois de la priorité résultant d'une preuve qui peut être administrée par tous les moyens reconnus par la loi [1] ?

Nullement. Le raisonnement est vicieux ; car la circonstance que le législateur aurait éludé la promesse des articles **1140** et **1583** ne peut donner à l'article **1138** un sens qu'il n'a jamais eu. A quoi bon nous dire, par l'article **1140**, qu'il reste quelque chose à régler, si l'article **1138** règle tout ? Et, qu'on le remarque bien, il n'y a pas à se méprendre et à équivoquer sur la portée de l'article **1140**. On a voulu réserver la question fondamentale entière pour la trancher aux Titres de la vente et des hypothèques. Cela ressort jusqu'à l'évidence de la circonstance que cet article **1140** a été substitué à une disposition du projet qui orga-

[1] *V.* M. Zachariæ, § 180, 5°. La théorie de la transmission des biens a été exposée par cet éminent jurisconsulte avec une netteté remarquable. On peut regarder sa doctrine comme l'expression la plus exacte des idées admises aujourd'hui. Du reste, les auteurs sont loin d'être bien explicites sur les termes de l'article 1138. M. Marcadé est le seul, suivant nous, qui en ait donné, dans le sens de la même doctrine, une interprétation d'une clarté parfaite et empreinte de l'énergique originalité qui forme le caractère distinctif de son esprit (*V.* p. suiv. et note 2, *ibid.*).

nisait la transmission au regard des tiers. Il est donc démontré que l'article 1138 n'a statué que sur une propriété relative, et qu'il doit être écarté de la discussion en ce qui touche la question de transmission du domaine absolu [1].

M. Marcadé a parfaitement senti que la doctrine des interprètes sur l'article 1138 laissait quelque chose à désirer, même en se plaçant à leur point de vue. Au fond, sa théorie ne diffère pas de celle des autres; mais il l'exprime en termes plus nets : deux mots ajoutés à sa doctrine la confondraient avec la nôtre, et pourtant l'absence de ces deux mots place entre nous une barrière infranchissable.

L'article 1138 doit, suivant lui, se traduire ainsi : « La con- » vention est consommée, accomplie et *légalement exécutée* par » une tradition fictive opérant le transport de la propriété [2]. » Si

[1] C'est aussi l'opinion de M. Duranton, t. X, n° 429. Nous verrons plus tard si l'argument que ce jurisconsulte tire de l'article 2182, qui suivant lui a tranché la question, est réellement bien concluant.

[2] *Note de la rédaction.* — La théorie dont notre honorable collaborateur présente ici la formule abrégée, explique, par les traditions historiques et par la combinaison de plusieurs articles du Code, ces mots de l'article 1138 : *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes*, mots qui avaient longtemps paru inintelligibles en tant que limités à *l'obligation de livrer*. Plusieurs auteurs corrigeaient l'article en lisant *donner* au lieu de *livrer*, et ils l'entendaient en ce sens que le seul consentement suffit pour former l'obligation de donner. Mais d'abord cette proposition, ainsi corrigée et expliquée, était tout à fait déplacée sous la rubrique *de l'effet des obligations*; de plus, elle était bizarrement restreinte aux obligations *de donner*, tandis qu'elle aurait dû embrasser aussi les obligations *de faire* et *de ne pas faire;* et enfin on ne comprenait pas trop que *l'obligation* (c'est-à-dire un droit purement *relatif*) opérât par elle-même une translation de propriété, ainsi que semblerait le dire la suite de l'article 1138 : *elle* (*l'obligation*) *rend le créancier propriétaire.* Au contraire, tout s'explique et on pénètre à fond la pensée des auteurs du Code, si, ne changeant rien à leur rédaction, on entend ces mots *l'obligation de livrer est parfaite par le seul consentement*, en ce sens que l'obligation de livrer est *réputée accomplie* ou *exécutée* par le seul consentement, ce qui implique l'idée d'une *tradition fictive*, souvent exprimée autrefois dans les actes (clause de *saisine et dessaisine*), et dorénavant tacite et toujours sous-entendue de plein droit. Mais pourquoi cette supposition bizarre d'une tradition qui n'a rien de réel? C'est que les rédacteurs du Code étaient sous l'empire de cette idée consacrée par les siècles, qu'une tradition quelconque, fût-elle incomplète, simulée ou enfin amoindrie jusqu'à l'état de pure fiction, était nécessaire pour opérer le transport de la propriété (comp. art. 938 et 1606, 4e alin.). Ajoutons que cette interprétation laisse subsister aussi dans la suite de l'article les mots du texte : *dès l'instant où elle* (la chose) *a dû être livrée* (pour transférer la propriété), mots que les mêmes auteurs étaient aussi obligés de corriger. Tel est le système d'interprétation que j'enseigne à l'École de droit de Paris de-

M. Marcadé ajoutait : ENTRE LES PARTIES, nous serions d'accord avec lui, et il serait bien obligé d'arriver à la transcription pour les immeubles et à la tradition pour les meubles; mais ce n'est pas cela qu'il veut établir. Ce qu'il veut, c'est que la translation du domaine *absolu* soit consommée par le simple pacte, sans aucun acte extérieur, la question de preuve réservée; c'est là que le dissentiment commence entre nous. Il cite pour appuyer sa thèse les termes de l'article 938, *sans qu'il soit besoin d'autre tradition* (*que le consentement*); mais ces termes de l'article 938

puis 1839, c'est-à-dire depuis plus de sept années, et qui a passé dans une multitude de thèses de licence et de doctorat.

Ce même système, M. Marcadé l'a présenté comme lui appartenant, dans un livre publié cette année (tome IV des *Éléments de droit civil français*, 1846), et il l'a reproduit également, comme sien, dans un cahier de cette année de la *Revue de législation et de jurisprudence* (mars 1846). Rien n'empêche assurément que deux interprètes du Code parviennent chacun de leur côté, et par une direction analogue de recherches, à un résultat identique; et c'est ce qui devait arriver surtout dans cette occasion, puisque l'idée à développer (celle d'une tradition *civile* ou *fictive*) se trouvait fort bien indiquée dans un passage du discours de Portalis sur la vente. Seulement M. Marcadé s'est trompé *en fait* lorsque, annonçant dans son livre l'interprétation dont il s'agit, et à laquelle il paraît attacher une très-haute valeur, il dit que, *depuis quarante ans que notre article* (1138) *existe, elle* (cette interprétation) *est encore à donner* (t. IV, p. 469); et ailleurs, que *le véritable sens de l'article* 1138 *est demeuré jusqu'à ces derniers temps un problème insoluble* (*Revue de législ.*, etc., *loc. cit.*, p. 296). Bien plus, et abstraction faite de l'enseignement oral de l'École, il s'est encore trompé en affirmant à plusieurs reprises qu'avant lui *aucun auteur n'avait saisi la véritable pensée des rédacteurs* (t. IV, p. 467 et 468). En effet, dès 1843, M. Boileux avait expliqué cette pensée et donné la même interprétation, en indiquant, suivant son usage, par l'addition du signe (*Val.*), que c'était là un emprunt fait par lui à mes leçons. Voici ce passage, placé en note à la suite du premier alinéa de l'article 1138 (*Comment. sur le Code civil*, etc., 5e édit., t. II, p. 502, note 2.) :

« Le seul consentement donne également naissance à toute espèce d'obligation : » pourquoi dès lors énoncer dans l'article 1138 cet effet commun à toutes les con- » ventions? que signifie le mot *parfaite?* Suivant quelques jurisconsultes, ce mot » doit s'entendre dans le sens du mot latin *perfecta*, exécutée, accomplie; le lé- » gislateur était préoccupé des règles de l'ancienne jurisprudence, lesquelles pres- » crivaient une tradition réelle ou fictive pour que la propriété fût transférée; il a » voulu supprimer la nécessité de la tradition, mais il n'a pas osé manifester for- » mellement sa volonté; il a pris un biais au moyen duquel les parties peuvent » considérer la tradition comme faite : mieux eût valu dire que la transmission » de propriété aurait lieu lorsque telle serait la volonté des parties. La même irré- » solution se trouve dans les articles 938 et 1606, 4e alinéa, lesquels admettent » évidemment une espèce de tradition fictive. En décidant que la tradition est » encore nécessaire aujourd'hui pour transférer la propriété, ces jurisconsultes » laissent subsister ces mots du deuxième alinéa de l'article : *dès l'instant où* » *la chose a dû être livrée :* cette idée est alors rigoureusement conforme aux » principes. »

A. VALETTE.

prouvent précisément que, si la convention est parfaite entre les parties par le simple consentement manifesté légalement dans les formes voulues, elle ne l'est pas à l'égard des tiers. C'est ce qui résulte jusqu'à l'évidence des articles 939 et 941. A la vérité M. Marcadé voit dans ces derniers articles une exception aux règles générales de la transmission ; mais il n'en est rien, comme je le démontrerai plus tard.

Les arguments qu'il tire de quelques passages des orateurs du gouvernement sont-ils bien décisifs? Dans l'exposé des motifs du Titre des contrats et obligations, Bigot-Préameneu disait sur l'article 1138 : « C'est le consentement qui rend parfaite l'obligation » de livrer la chose; donc il n'est pas besoin de tradition réelle » pour que le créancier soit considéré comme propriétaire. » Portalis disait à son tour sur l'article 1583 : « Dans *les premiers âges*, » il fallait tradition *réelle*, occupation corporelle pour consommer » le transport de la propriété. Dans les *principes de notre droit* » (qu'on se rappelle Argou, Henrys, etc.), le contrat suffit. Le » contrat est consommé dès que la foi est donnée..... Il s'opère » par le contrat une sorte de *tradition civile* qui consomme le » transport des droits [1]. »

Je ne nie rien de tout cela. Il est bien évident que la tradition réelle, même pour les meubles, n'a plus aucun effet *entre les parties*. Le transport des droits a lieu par la force du simple pacte. Mais à l'égard de qui? voilà la question. A l'égard du débiteur? oui. A l'égard des tiers? non. M. Marcadé a perdu de vue que, *dans les rapports de la théorie des droits réels avec la théorie du droit de créance, les droits absolus ne deviennent absolus qu'après avoir été relatifs*. C'est une nécessité qui dérive de la

[1] Remarquons bien que Bigot-Préameneu et Portalis faisaient partie de la commission nommée pour rédiger le projet primitif. Il n'est pas douteux que, d'après leurs idées, le simple pacte transportait la propriété *entre les parties sans tradition*, et qu'à l'égard des tiers ils n'exigeaient qu'une *tradition civile* résultant d'un acte authentique (art. 25 du projet du Titre de la vente). Mais ces idées ont été abandonnées, ainsi que tout le Titre des hypothèques le prouve. Cessons donc d'invoquer les travaux préparatoires du Code, travaux qui remontent à une époque où on voulait réserver la question entière; on craignait de s'expliquer catégoriquement, même au Titre de la vente : de là le vague si fâcheux qui se rencontre dans toutes ces matières. Il y a dans les procès-verbaux du conseil d'État et dans les discours des orateurs du gouvernement de quoi satisfaire tous les goûts.

nature même des choses. C'est ainsi que l'acquisition de l'hypothèque n'est que relative jusqu'à l'inscription (art. 2134); que l'acquisition du droit de gage n'est que relative jusqu'à la remise de la chose (art. 2076); que l'acquisition du droit de bail n'est que relative jusqu'à l'instrument authentique (art. 1743); que l'acquisition d'une créance n'est que relative jusqu'à la signification du transport (art. 1690); que l'acquisition d'une servitude n'est que relative jusqu'à la tradition de l'article 1607; que l'acquisition des meubles n'est que relative jusqu'à la prise de possession régie par les articles 1141 et 2279; et enfin que l'acquisition des biens susceptibles d'hypothèque n'est que relative jusqu'à la transcription. « Observons, disait Faure, orateur du Tribunat, sur l'article 1583, que la propriété n'est » acquise de droit à l'acheteur qu'à l'égard du vendeur. Les con» ventions n'obligent que ceux avec lesquels elles sont passées. » C'est une règle commune à toute espèce de contrats. »

Maintenant appelez comme il vous plaira le droit qui naît du simple pacte; que ce soit un droit de propriété, que ce soit un droit de créance, je ne tiens pas aux mots, je ne tiens qu'aux choses. Or une propriété restreinte *entre les parties* n'est à mes yeux qu'un droit de créance, et je crois fermement être dans le vrai lorsque je m'exprime ainsi.

Dans tous les cas, suivant votre système lui-même, vous devriez décider que le droit de propriété qui naît du simple pacte n'est que relatif jusqu'à l'instrument de la vente, qui seul, en réalité, opère *tradition civile*, *payement légal*, *exécution de l'obligation de donner, au regard du public*. C'était incontestablement le sens du projet de l'an VIII, qui ne faisait que reproduire ce qui se passait dans la pratique des affaires au moment de la Révolution; et si, comme vous le prétendez, suivant moi à tort, la transcription a été rejetée au Titre des hypothèques, vous devez retourner à la théorie du projet et non pas vous jeter dans un système qui n'a pas de précédents, dans le système le plus dangereux qui ait été jamais inventé!...

Ainsi donc, l'article 1138 ne peut pas avoir le sens qu'on lui donne. Oserai-je le dire? dans mon opinion, cet article n'est que le résultat d'un brocard de droit mal entendu, d'une confusion

déplorable entre la maxime assez peu comprise *res perit domino*, et celle d'après laquelle *la chose périt pour le créancier d'un corps certain.* Les auteurs du Code se sont crus obligés de dire que le créancier, étant propriétaire par le simple pacte, peut rejeter sur lui la perte de la chose, ce qui était une erreur comme on en rencontre tant dans les discussions de la loi, et voilà tout.

43. Cela posé nous arrivons à cette conclusion inévitable. De deux choses l'une :

Ou la loi, comme l'histoire le prouve, a fait disparaître les articles 38 du projet du Titre des conventions en général et 25 du projet du Titre de la vente, parce qu'elle jugeait la tradition par acte authentique insuffisante dans un régime hypothécaire public..... et alors la transcription est nécessaire pour transporter la propriété immobilière à l'acquéreur au regard des tiers : la disparition des articles du projet précités et la création des articles 1140 et 1583 sont ainsi expliquées. Le législateur a rempli sa promesse solennellement annoncée.

Ou bien les Titres de la vente et des hypothèques ne contiennent aucune disposition qui soit l'exécution de l'article 1140..... Et alors le législateur a éludé sa promesse : il a omis de statuer sur la transmission des immeubles en ce qui touche les tiers, d'où suit que, la matière n'étant pas réglée par le Code civil, la loi abrogatoire du 30 ventôse an XII n'a pu atteindre l'article 26 de la loi de brumaire an VII. En sorte que, de quelque manière que l'on raisonne, la transcription apparaît toujours comme nécessaire à la translation du domaine, à moins de retourner à la tradition de l'ancienne jurisprudence avec M. Malleville.

44. Tout cela se résume en quelques mots. La convention n'ayant le caractère translatif qu'entre les parties, article 1165, la transmission de la propriété, en ce qui touche les tiers, ne peut résulter que d'une formalité extrinsèque. Pour les meubles, c'est la tradition *réelle* ou ses *équivalents* reconnus par la loi.

Pour le droit de servitude, c'est la tradition de l'article 1607 appuyée sur juste titre.

Et pour les biens susceptibles d'hypothèques, c'est la transcription.

45. Cependant aujourd'hui on tient en France pour maxime

que la propriété est transférée par le simple pacte légalement prouvé [1].

Les partisans de ce système s'appuient surtout : 1° sur l'article **711**, qui dispose que la propriété des biens s'acquiert et se transmet *par l'effet des obligations;* 2° sur l'article **1138**, qui, placé sous la rubrique *des effets des obligations*, déclare le créancier d'un corps certain propriétaire par le fait seul de la convention. L'abrogation du principe ancien (L. 20, au Code, *de pactis*) annoncée par l'article 711, se trouve ainsi *textuellement* prononcée par l'article **1138**.

La théorie reçoit son application au cas de donation dans l'article 938, au cas de vente dans l'article 1583.

A l'appui de ce système, on invoque encore le second alinéa de l'article 2182, qui dispose que le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue.

Du reste, les partisans de cette doctrine admettent qu'elle s'applique diversement, suivant que la convention a pour objet des meubles ou des immeubles.

Pour les meubles, elle souffre des exceptions (art. **1141**); mais pour les immeubles, elle reste dans toute sa pureté : d'où suit qu'entre deux acquéreurs de cette espèce de biens, la préférence appartient nécessairement au plus ancien, que le contrat ait été ou non transcrit.

On leur répond : 1° que l'article **711** se trouvait dans le dernier projet du Code civil, d'après lequel le système de la loi de brumaire était formellement consacré, que, par conséquent, cet article ne prouve rien sur l'innovation qu'on prétend avoir été apportée aux anciens principes [2].

2° On se demande quels sont les cas dans lesquels s'appliquera l'article **1138**. D'abord il est clair qu'il ne s'applique pas aux immeubles, puisque l'article **1140** dispose que les effets de l'obligation de donner et de livrer un immeuble sont réglés aux Titres

[1] Par le mot *pacte*, j'entends ici toute convention non encore exécutée par la tradition, ou par ce qui la remplaçait vis-à-vis du public en 1804, pour certains biens, la transcription.

[2] V. *Thémis*, t. V, p. 373.

de la vente et des hypothèques. S'applique-t-il aux meubles? pas davantage. L'article 1141, en donnant la préférence au second acquéreur mis en possession réelle sur le premier acheteur, même par acte authentique, fait bien voir que ce dernier n'avait, par la convention, acquis qu'un droit relatif, qu'un droit de créance contre telle personne déterminée, et non pas un droit absolu, comme le droit de propriété que le public est tenu de respecter. A quoi dès lors peut s'appliquer l'article 1138?

46. Je ne sais si je m'abuse, mais il me semble qu'on a donné à cet article une portée qu'il n'avait pas dans l'esprit des rédacteurs du Code. Il ne veut dire qu'une chose, c'est que la convention produit pour le créancier du corps certain une propriété relative. Il est propriétaire, oui. Mais à l'égard de qui? à l'égard du débiteur, et non pas à l'égard des tiers, dont s'occupent l'article 1140 et l'article 1141 qui viennent immédiatement, dans la même section.

Qu'on remarque en effet l'économie de cet article 1138 et des dispositions qui l'entourent.

L'article 1136 dispose que l'obligation de *donner* emporte celle de livrer la chose, et par conséquent de la conserver jusqu'à la livraison. Que signifient ces mots : *obligation de donner?* Ils signifient obligation de transporter la propriété; car le mot *donner* ne peut avoir que le sens du verbe *dare*, qui, en droit, a toujours signifié *transporter la propriété.* Eh bien! si la promesse de donner signifie seulement que le débiteur est obligé à transporter la propriété, elle ne la transporte donc pas par elle-même. Il y a là nécessairement deux événements successifs : l'un est l'obligation de transférer la propriété, et l'autre est la translation même de la propriété. Par l'obligation l'acheteur n'acquiert qu'un droit relatif contre telle personne déterminée; le public n'est pas encore tenu de respecter son droit qu'il ignore. Il ne sera tenu de le respecter que lorsque le droit relatif, le *jus ad rem*, se sera transformé en droit absolu, en *jus in re*, soit par la tradition s'il s'agit de meubles, soit par la transcription s'il s'agit d'immeubles susceptibles d'hypothèques. Maintenant, qu'à l'égard du vendeur l'acheteur soit par la seule puissance du pacte réputé propriétaire, soit; la loi peut bien faire entre les parties abstrac-

tion de l'un des événements constitutifs du droit de propriété ; mais cette propriété ne sera toujours qu'une propriété relative, c'est-à-dire un lien entre les deux parties, et non pas un droit absolu imposant au public l'obligation de ne pas y porter atteinte (comp. art. 1583).

47. Si l'article 1138 eût dit : « Elle (l'obligation de livrer la chose) rend le créancier propriétaire *à l'égard du débiteur*..., » toute discussion eût été impossible. Et parce que la loi n'a pas ajouté ces mots, on s'est jeté dans un système tout nouveau, sans précédent dans le droit de l'Europe et des peuples anciens ! Mais ce que la loi n'a pas dit dans l'article 1138, elle l'a dit dans l'article 1583, auquel elle renvoie par l'article 1140 ; elle l'a dit implicitement dans les articles 1165, 1141, 1604, 1689, 1690, 1238, 1303[1], 1867, 1589, et un grand nombre d'autres articles que j'aurai *à examiner* plus tard.

Et puis enfin, comment admettre qu'un principe aussi fondamental que celui que nous combattons, aussi désastreux, comme l'expérience l'a prouvé, ait pu s'introduire furtivement dans nos lois sans que les discussions au conseil d'État fassent mention d'un pareil changement, alors que tous les précédents lui étaient contraires?....

48. Non, le simple pacte ne transfère pas la propriété absolue, au regard de tous. Le pacte n'a jamais pu donner qu'un droit de créance, qu'un droit relatif, et il faudrait autre chose que quelques expressions peu méditées de l'article 1138 pour décider que les auteurs du Code, en 1804, ont entendu rompre avec le passé. C'est leur supposer une audace dont, avec tout le respect que je leur porte, je ne les crois pas capables. Ils ont tout simplement consacré ce qui existait, et ils ont eu raison.

Un système comme celui que nous repoussons a pu séduire les spiritualistes de notre époque ; il ne les a malheureusement

[1] L'article 1303 parle d'une cession d'actions qui n'aurait aucun sens si la convention seule transférait le droit absolu de propriété : car le propriétaire trouverait en lui-même, à l'égard des tiers, ce principe de son action, et n'aurait aucunement besoin d'une cession de la part de celui qui ne serait plus propriétaire, si le système que je combats était vrai.

que trop séduits. Mais il ne satisfera jamais les utilitaires : il présente trop d'inconvénients, il ouvre des portes trop larges à la fraude. Oui, c'est une prétention déraisonnable que de vouloir donner à la pensée seule le pouvoir de constituer le domaine. Il faut qu'à cette pensée vienne se joindre quelque chose de matériel, quelque chose qui frappe les yeux, quelque chose de public, pour imposer à la société l'obligation de respecter la transmission que la pensée commence, mais qu'il ne lui est pas donné de consommer. Il faut bien que la société soit avertie de l'obligation qu'elle va contracter envers le nouveau propriétaire, et cette obligation ne peut lui être imposée avec justice qu'autant que le nouveau maître lui révèle le moment précis où il entend se poser au regard de tous comme propriétaire absolu de la chose transmise.

Jusque-là le droit qui résulte pour lui de la convention ne peut être qu'un droit relatif. Il est, si on le veut, propriétaire, comme le dit improprement l'article 1138; mais il n'est propriétaire que relativement à telle personne déterminée, comme le dit avec raison l'article 1583. Il ne l'est pas encore vis-à-vis du public; il peut le devenir sans doute, mais pour cela il faut qu'il associe le public à la transmission; il faut qu'il lui notifie son contrat, afin de lui faire contracter l'obligation de le respecter. Alors seulement son droit relatif se transforme en un droit absolu, et la propriété exclusive apparaît garantie par l'action réelle contre les entreprises de quiconque viendra la troubler.

49. Concluons de tout ce qui précède qu'il n'est pas probable que les auteurs du Code aient voulu se jeter dans un nouveau système. Maintenant, le contraire de ce qui n'est pas probable devient évident pour l'homme qui examine les choses d'un point de vue élevé, lorsqu'il suit pas à pas les travaux préparatoires du Code civil et qu'il approfondit les textes que le législateur a laissés sur son passage. Marchez dans le Code civil en prenant pour guide cette pensée que la transcription doit être considérée comme moyen de transmission à l'égard des tiers, tout s'explique à peu près de la manière la plus raisonnable; retranchez au contraire cette transcription, vous pâlirez sur des textes dont vous n'apercevrez pas le but, et vous arriverez à cette conclusion

inévitable : le Code civil est une mauvaise législation !.... Mais non; l'esprit de système, en partant d'une fausse base, se torturera de toutes les manières pour s'imposer plutôt que d'ouvrir les yeux à la lumière. Il travaillera à la destruction, en ergotant sur les détails, plutôt que d'appliquer toutes ses facultés à la construction de l'ensemble de l'édifice; et de tout cela résultera l'intervention forcée du législateur, intervention hâtée, trop précoce, intervention qui, avec notre constitution politique, ne peut évidemment fonder une loi civile durable [1].

50. Mais ne perdons pas de vue l'objet de notre travail. Je dis que la transcription a été conservée par les auteurs du Code civil comme base de l'édifice de la propriété immobilière en France. Ce qui le prouve, c'est : 1° l'absence, dans les discussions au conseil d'État, de l'expression d'une volonté contraire; 2° la tradition conservée pour la propriété mobilière; 3° le concours de l'action résolutoire avec le régime de publicité des priviléges et des hypothèques; 4° enfin une multitude de textes que nous

[1] Loin de moi l'idée d'attaquer notre constitution : je la crois au contraire ce qu'elle doit être; mais je ne la considère pas moins comme absolument incapable de fonder une loi civile durable. Pourquoi cela? C'est parce que les assemblées délibérantes, par cela seul qu'elles délibèrent, ne peuvent suivre une synthèse. Un code civil ne peut être que l'ouvrage d'un seul homme à tête dogmatique et puissante, philosophique et en même temps pratique, d'un homme qui a comparé les législations diverses par une étude approfondie de l'histoire, et qui a résumé et digéré la masse des connaissances acquises pour les faire siennes. On peut bien lui adjoindre des spécialités, des hommes de détails, mais ils ne doivent avoir que voix consultative. De là je conclus que le pouvoir législatif civil doit s'exercer par délégation. Si ensuite nos chambres peuvent intervenir, ce ne peut être que pour légaliser, admettre ou rejeter l'ensemble, mais elles ne doivent pas entrer dans les détails; l'expérience démontre qu'elles adopteront le système d'abord pour le détruire ensuite. Qu'elles s'occupent d'administration et de politique, voilà leur rôle; mais de lois civiles, jamais! Leur organisation est tout ce qu'il y a de plus antipathique à la science du droit. Certes le conseil d'État renfermait des hommes éminents; il y avait le savant Tronchet, le jurisconsulte d'ensemble Portalis, la plus belle intelligence philosophique du conseil, le radical Treilhard : eh bien! supposez que l'un d'eux ait été choisi comme grand juge, et que ses collègues lui aient été adjoints comme conseils au lieu de les réunir tous trois, n'est-il pas évident que le Code civil serait tout autre que ce qu'il est, au moins sous le rapport synthétique? Croyez-vous que, si Cujas ou son élève Pothier, ou celui qui les surpassa encore en méthode philosophique, Doneau, eussent été chargés d'une codification, l'ouvrage de ces grands génies n'eût pas valu le Code civil? Pourquoi ceux qui étudient le droit romain des stoïciens sont-ils frappés d'admiration lorsqu'ils parviennent à comprendre l'ensemble du système? Eh! c'est parce que l'édit du préteur est l'œuvre d'un seul homme qui s'est approprié et a fondu dans un même moule les travaux de ses devanciers.

allons suivre pas à pas, à l'aide des travaux préparatoires du Code civil.

Nous nous sommes suffisamment expliqué sur les trois premiers moyens ; il est temps d'aborder le quatrième, qui doit donner à notre manière de voir le caractère de l'évidence.

HUREAUX.

(La suite à un prochain cahier.)

Le défaut de conclusions du ministère public, dans les causes sujettes à communication, donne-t-il, du moins en certains cas, ouverture à cassation?

Par M. F. MERVILLE, docteur en droit, avocat à la cour royale de Paris.

La communication aux officiers du ministère public, et, par suite, l'audition de l'un d'eux avant la prononciation du jugement, sont, comme chacun sait, très-impérieusement exigées dans un assez grand nombre d'instances, dont l'article 83 du Code de procédure civile contient l'énumération incomplète. Si cette prescription de la loi n'a pas été remplie, disons plus, si le jugement ne constate pas qu'elle l'ait été [1], la procédure sera viciée et le jugement nul. Cette nullité offre cela de particulier que, si la décision judiciaire qui en est entachée est en dernier ressort, la loi permet d'en solliciter la rétractation par la voie de la requête civile. Mais on a prétendu que ce n'était pas toujours par requête civile qu'il fallait procéder contre les jugements en dernier ressort ou les arrêts entachés du vice que nous venons de signaler; on a prétendu qu'il y avait des cas où ce moyen échappait aux parties, qui dès lors n'en avaient pas d'autre que le pourvoi en cassation. C'est ce point que nous nous proposons d'examiner.

Constatons d'abord que, dans les hypothèses où il est certain qu'il y a ouverture à requête civile, la voie du recours en cas-

[1] Cass., 26 pluv. an II, 29 fructid. an III, etc.; *J. du Pal.*, t. I, p. 61, 91.

sation doit être sévèrement interdite [1]. L'une est exclusive de l'autre ; il est de principe que l'on ne peut avoir à la fois deux voies différentes pour attaquer un même jugement, et ce qui est vrai pour les voies ordinaires de réformation, telles que l'opposition et l'appel, l'est également à l'égard des voies extraordinaires.

Il faut donc rechercher en quels cas la requête civile est autorisée. L'article 480, 8°, permet formellement d'y recourir contre les jugements en dernier ressort non précédés de la communication au ministère public, *lorsqu'ils ont été rendus contre ceux pour qui la communication était ordonnée.* Ainsi, lorsque la communication est ordonnée dans l'intérêt de l'une des parties, et que le jugement lui est défavorable, cette partie peut en solliciter la rétractation par requête civile, si la communication n'a pas eu lieu ; dès lors il faut écarter tout autre mode de recours.

Mais on aperçoit tout de suite l'insuffisance de la règle. Pour qu'elle pût satisfaire pleinement l'esprit et prévenir toute incertitude, il faudrait que la communication fût toujours ordonnée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties. Or, on sait qu'en mainte circonstance il n'en est pas ainsi, que souvent elle est prescrite dans un intérêt général : alors l'une des parties n'est pas plus intéressée que l'autre à ce que le vœu de la loi soit observé et le ministère public entendu. Ajoutons que l'omission de cette formalité peut avoir lieu d'autant plus fréquemment, dans les instances où l'intérêt de la société sollicite l'intervention du ministère public, qu'au nombre de ces instances sont celles qui touchent à l'*ordre public* (C. pr., art. 83, 1°). Or, il y a dans cette expression une latitude qui laisse beaucoup de prise à l'arbitraire.

Il est pourtant impossible que la disposition de la loi sur ce

[1] Ce n'est pas que de nombreuses tentatives n'aient eu lieu pour faire prévaloir le système contraire ; mais la cour de cassation ne l'a jamais accueilli, et, le 22 novembre 1837 (*J. du Pal.*, t. II, 1837, p. 505), le conseiller chargé du rapport exprimait son étonnement de voir si souvent reproduite une ouverture qui n'avait aucune chance de succès. Cette observation ne pouvait demeurer stérile ; aussi ne croyons-nous pas que, depuis cette époque, le même moyen ait été de nouveau plaidé.

point soit dépourvue de sanction ; le législateur, qui s'est attaché à couvrir d'une protection sérieuse l'intérêt particulier, n'a pas dû négliger d'en accorder une efficace à l'intérêt social. Aussi convient-on que les expressions de l'article 480, 8°, si limitatives qu'elles soient en apparence, ne font point obstacle à la nullité des jugements rendus sans le concours du ministère public, même dans les matières où ce concours est prescrit uniquement en vue de l'intérêt général. Il ne s'agit pas d'un simple acte de procédure, dont la nullité ait besoin d'être expressément prononcée par la loi ; il est question d'un acte émanant d'un magistrat et qui constitue l'une des conditions essentielles de la régularité des jugements. C'est ce que disait Rodier dans ses *Questions sur l'ordonnance de* 1667 : « S'ils n'ont pas été ouïs, *l'arrêt n'est pas dans son entier*. »

D'ailleurs, comme on l'a fait remarquer, dans cette circonstance, on ne peut pas dire que la communication fût ordonnée plutôt en faveur d'une partie qu'en faveur de l'autre ; en conséquence les deux parties ont le droit d'invoquer la nullité puisée dans le défaut de communication. Or, c'est ici que revient notre question : « Si la sentence est en dernier ressort, comment devra-t-on l'attaquer? par la requête civile ou par la voie de cassation? »

L'opinion générale est qu'on doit recourir à la requête civile. Le plus habile et le plus ardent des partisans du système opposé ne fait pas difficulté de l'avouer : « C'est là, dit M. Morin, une opinion généralement professée et accréditée. » En effet, la jurisprudence de la cour de cassation n'a jamais varié à cet égard ; trois arrêts, dont deux d'une date assez récente (19 juillet 1809, 9 février 1836, 11 janvier 1843 ; *J. du P.*, t. VII, p. 696 ; t. XXVII, p. 1043 ; t. II de 1843, p. 395), justifient cette assertion. M. Carré (sur les articles 83 et 480) et M. Berriat-Saint-Prix (p. 24 et 513) ne font aucune distinction ; et l'on n'a qu'à consulter les recueils où sont transcrits les arrêts que nous venons de rappeler : on y verra que les arrêtistes ne soupçonnent même pas qu'il y en ait une à faire. Mais l'on doit reconnaître que toutes ces autorités tranchent la question et ne la discutent pas : le seul ouvrage où elle ait reçu dans le même sens une so-

lution raisonnée est celui de MM. Ortolan et Ledeau (*le Ministère public en France*, t. I, p. 293).

La doctrine qui admet le recours en cassation n'a été que partiellement examinée et partiellement adoptée par MM. Delaporte, t. II, p. 50; Lepage, *Quest.*, p. 629, et Dalloz, t. II, p. 606, n° 18; mais elle a été doctement et complétement soutenue par M. Achille Morin, avocat à la cour de cassation, dans une dissertation étendue que reproduit textuellement M. Chauveau, *Lois de la procédure civile*, t. IV, p. 320 et suiv. Ce dernier auteur, après avoir confessé la difficulté de la question, après avoir dit qu'ayant vainement cherché une raison décisive et sans réplique, il serait tenté de dire avec le sceptique : *sempre bene*, finit (p. 319, III, 2°) par se ranger à l'opinion de M. Morin, à laquelle un autre professeur de Toulouse, M. Rodière (t. II, p. 379), donne aussi un bref et timide assentiment.

Telles sont, de part et d'autre, les autorités; maintenant, voyons les arguments.

Le système favorable au pourvoi est assez facile à défendre. Les termes de l'article 480, 8°, dit-on, sont inapplicables à l'espèce qui nous occupe. Ils disposent pour les cas où la communication intéresse spécialement l'une des parties litigantes; hors de là, on se trouve dans une hypothèse différente, que d'autres principes doivent régir. Quels principes? Apparemment ce sont les principes généraux, puisque, en définitive, il faut y revenir toutes les fois qu'une exception expresse ne permet pas de s'en écarter. Or les principes généraux ne défèrent-ils pas à la censure de la cour suprême tous les vices de forme dont les jugements peuvent se trouver infectés? Toutes les lois qui se rattachent à l'organisation de cette juridiction ne placent-elles pas au nombre de ses attributions le pouvoir de réprimer les violations des formes?... En vain on opposerait le n° 2 de l'article 480 : l'article 4 de la loi du 4 germinal an II, l'arrêt de cassation du 19 décembre 1831, *affaire Choiseul contre la liste civile*, prouvent que ce paragraphe concerne uniquement les nullités *du fait des parties ou de leurs défenseurs*; que les nullités provenant *du fait du juge* ne sont point comprises dans la disposition de l'article 480; que celles-ci donnent toujours ouverture à cassation.

Or, ajoute-t-on, le défaut d'audition du ministère public, dans les causes où son intervention intéresse l'ordre général, constitue bien une nullité *du fait du juge*.

On le voit, le point de départ de cette argumentation est que les termes de l'article 480, 8°, sont inapplicables au cas en discussion : cela posé, on conclut qu'il faut chercher ailleurs la loi destinée à le régir. C'est précisément ce point de départ que contestent MM. Ortolan et Ledeau : selon eux, c'est s'attacher à l'apparence que de considérer les termes de l'article 480, 8°, comme étrangers à l'espèce particulière qui nous occupe. Ils pensent que, pourvu qu'on les étudie avec maturité, on trouvera que l'application en est facile. Que veut, disent-ils, l'article 480, n° 8? Que la requête civile puisse être formée par la partie dans l'intérêt de qui la communication était exigée. Mais lorsque la communication est prescrite dans l'intérêt de tous, elle l'est, par cela même, dans l'intérêt de chacune des parties : chacune d'elles est membre de la société; et, en cette qualité, ayant d'ailleurs un intérêt né et actuel, elle peut invoquer la nullité qui vicie la procédure et le jugement. On ne peut pas dire que la partie condamnée n'était pas intéressée à la communication ; elle l'était comme membre de la société, et, à ce titre, son recours en nullité rentre sous l'application de l'article 480, 8° : c'est donc par la requête civile qu'il doit être exercé.

Ce raisonnement nous paraît subtil, et M. Morin en a, selon nous, parfaitement indiqué le côté faible lorsqu'il fait observer que c'est d'un intérêt *exclusivement personnel*, d'un intérêt *privilégié* que le législateur s'est préoccupé; qu'il a pensé à une nullité *relative*, non à une nullité absolue, qui puisse être invoquée par toute partie qui succombe. On ne peut méconnaître que le législateur n'a pas songé à l'argumentation laborieuse que lui prêtent MM. Ortolan et Ledeau ; cela nous semble évident. Mais si cette argumentation ne s'est pas présentée à son esprit, comment nous révélerait-elle son intention, comment nous éclairerait-elle sur sa pensée? C'est donc ailleurs, c'est dans un autre ordre de réflexions, qu'il faut chercher la raison de décider.

Une considération nous frappe d'abord : nous nous demandons

quel est le but qu'on s'est proposé en instituant la procédure de requête civile; nous nous demandons quel est le genre d'utilité que cette procédure procure aux parties. La doctrine nous répond que l'on a voulu tantôt écarter un résultat inique, en offrant au juge les moyens de réformer lui-même une sentence qu'il n'a pas rendue en suffisante connaissance de cause (art. 480, 1°, 9°, 10°; art. 481), tantôt lui permettre de réparer une simple inadvertance, et épargner ainsi aux parties la voie longue et coûteuse de la cassation (art. 480, 2°, 8°). C'est dans cette seconde catégorie que la non-communication au ministère public doit être classée; c'est sous ce rapport qu'elle donne ouverture à la requête civile.

Si cela est vrai, comprendrait-on que la loi eût distingué, comme le veut M. Morin, entre le cas où la communication est d'intérêt privé et celui où elle est d'intérêt général? N'y a-t-il pas, dans les deux cas, mêmes motifs pour préférer la requête civile au pourvoi devant la cour suprême? Pourquoi serait-il plutôt interdit aux juges, en un cas que dans l'autre, de reconnaître l'omission qui a eu lieu, et de la réparer en réformant leur jugement?

Nous ne pouvons accepter la raison de différence implicitement indiquée par M. Morin, et qui consiste à dire que, dans un cas, la loi a été violée *par le fait des parties*, tandis que, dans l'autre, elle l'aurait été *par le fait du juge?* Bien des raisons justifient, ce nous semble, notre opinion. — 1° Rien n'est moins sûr que cette distinction; elle semble repoussée par la généralité des termes du n° 2 de l'article 480 : aussi MM. Ortolan et Ledeau croient-ils que la violation des formes n'offre jamais, en matière civile, qu'un moyen de requête civile; à leurs yeux, c'est seulement dans les matières criminelles que les violations de formes donnent ouverture à la cassation. — 2° En admettant même que cette distinction soit fondée, il faut bien remarquer qu'elle concernerait le n° 2 et non le n° 8 de l'article 480 [1] : en vain dirait-on que la communication des pièces au

[1] *V.*, à l'appui de cette observation, l'arrêt précité du 19 décembre 1831. C'est à tort que M. Morin semble laisser entendre que cet arrêt aurait appliqué la distinction dont il s'agit au vice résultant de la non-communication; il n'en est rien:

ministère public et l'audition de celui-ci constituent *une forme prescrite à peine de nullité*, et doivent subir l'application des dispositions qui régissent ces formes; toujours est-il que, si c'est là une *forme*, la loi du moins l'a distinguée des autres; elle a fait pour elle une disposition à part; on ne peut donc pas dire que tout ce qui regarde les formes en général s'applique nécessairement à la forme particulière dont s'occupe le n° 8.—3° Enfin, est-il bien exact de prétendre que la non-audition du ministère public constitue tantôt une violation provenant du fait des parties, tantôt une violation provenant du fait des juges? Que le ministère public soit tenu d'intervenir dans l'intérêt général ou dans l'intérêt privé, qu'importe? Dans les deux cas son devoir est le même; car, dans l'un et dans l'autre, la prescription de la loi est également formelle; dans les deux cas, s'il manque d'intervenir, la loi sera également violée, et violée *par son fait* [1].

La conséquence de tout ceci, c'est qu'on n'aperçoit aucune explication satisfaisante de ce singulier système qui établirait, pour la réparation d'un même vice, tantôt une voie et tantôt une autre. Il est temps d'examiner si la loi est en effet tombée dans cette inconséquence, et si, attentivement étudié, son texte est aussi restrictif qu'on le prétend.

Nous avons reconnu avec M. Morin que la phrase qui termine le n° 8 de l'article 480 avait bien eu pour but de désigner une nullité purement relative, profitant seulement à celle des parties dont le minstère public était chargé de protéger l'intérêt personnel. Mais ce membre de phrase n'occupe pas à lui seul tout le n° 8; un autre le précède, qui est conçu dans les termes les plus généraux : « Si, *dans les cas où la loi exige la communi-* » *cation au ministère public*, cette communication n'a pas eu

dans l'espèce, le ministère public avait été entendu; le vice qu'on reprochait à l'arrêt attaqué, c'était la non-publicité de l'audience.

[1] Considérée en soi, la communication des pièces n'est pas un but, elle n'est qu'un moyen; le but, c'est l'audition du ministère public. Celle-ci manquant, il y a nullité; l'omission de la communication en elle-même ne donne lieu qu'à une suppression d'émolument (*V.* décret du 30 mars 1808, art. 83). C'est pourquoi la nullité dont il s'agit ne peut pas être réputée provenir proprement du fait des parties; mais au reste, si elle en provenait, cela serait vrai de tous les cas, et non pas seulement de quelques-uns, contrairement à la distinction proposée par M. Morin.

» lieu. » On voit que ces termes excluent toute distinction, et que c'est *dans tous les cas* où la communication était exigée, et n'a pas eu lieu, que le législateur autorise et prescrit l'emploi de la requête civile. Maintenant, peut-on croire que la fin de l'article ait pour effet de restreindre tellement la première disposition qu'elle n'embrasserait plus que les cas où la communication était requise dans l'intérêt privé? C'est ce que nous ne saurions penser, parce que, comme nous l'avons montré, il n'existe aucune raison pour distinguer entre ces deux hypothèses.... N'est-il pas plus raisonnable de supposer qu'il y a dans le § 8 deux propositions distinctes, l'une générale, l'autre spéciale; l'une posant ce principe absolu que, *dans tous les cas*, le défaut de communication donne ouverture à requête civile; l'autre posant ce principe restrictif du premier, qu'il n'y aura pourtant ouverture qu'au profit de la partie privilégiée, DANS LES CAS *où c'est un intérêt individuel que la loi s'est proposé de protéger par la communication?* Il est vrai que cette dernière idée n'a pas été exprimée dans le texte [1]; mais elle est si évidente et si facile à suppléer, qu'on a jugé que l'expression en était surabondante..... Comment supposer, en effet, qu'au lieu de chercher à concilier les deux parties du texte, on imaginerait de sacrifier la première à la seconde, la partie générale à la partie spéciale, et de dire que, par celle-ci, la loi a voulu exclure l'emploi de la requête civile pour le cas où la communication intéressait la société tout entière?

Ce qui nous semble confirmer pleinement cette interprétation, c'est l'étude de la loi antérieure au Code de procédure. En effet, l'article 480 de ce Code n'est que le calque fidèle, la traduction en un langage moins suranné de l'article 35 du titre 34 de l'ordonnance de 1667. Or l'ordonnance faisait-elle la distinction que l'on croit apercevoir dans le § 8 de l'article 480? En aucune manière. Elle ouvrait la voie de la requête civile toutes les fois que la communication prescrite n'avait pas eu lieu, quel que

[1] Pour qu'elle le fût, il faudrait que la rédaction en fût ainsi conçue : « Si, dans » les cas où la loi exige....., cette communication n'a pas eu lieu, et si d'ailleurs, » *lorsqu'elle la prescrit dans un intérêt individuel*, les jugements ont été ren- » dus contre ceux pour qui..... »

fût d'ailleurs l'intérêt en vue duquel la loi l'avait ordonnée. « Il y » aura pareillement, disait-elle, ouverture à requête civile, ... » si, ès choses qui nous concernent, ou l'Église, le public, ou » la police, il n'y a eu communication à nos avocats ou procu- » reurs généraux. » Or il nous semble évident que, si le législateur de 1806 eût voulu s'écarter de la règle générale formulée par l'ordonnance, s'il eût voulu distinguer là où elle avait confondu, il l'aurait fait d'une manière explicite, en termes catégoriques, comme cela arrive quand on veut introduire un droit nouveau. Or, loin que la distinction soit énoncée, le texte commence avec toute la généralité possible. Maintenant, pourquoi a-t-on cru devoir ajouter une disposition restrictive qui ne se trouvait point dans l'ordonnance? La raison en est simple, et Rodier va nous l'apprendre en nous disant comment la jurisprudence ancienne avait interprété l'ordonnance. « Il a même » été jugé au parlement de Paris, dit-il, au mois de mai 1671, » que le sieur Randée avait pu, sur ce moyen, impétrer requête » civile envers un arrêt rendu au profit de l'Église, qui par con- » séquent n'avait rien souffert du défaut des conclusions des gens » du roi; cet arrêt est rapporté dans le *Journal des Audiences* » (*Questions*, p. 736). Le parlement de Paris avait été sans doute entraîné à cette décision par la généralité de la formule employée dans l'ordonnance; mais il avait évidemment méconnu l'esprit de la loi pour obéir à la lettre, et l'article 36 (*in fine*) de l'ordonnance en eût été, au besoin, une démonstration convaincante. Toutefois le fait subsistait, il fallait l'empêcher de se reproduire sous l'empire de la loi nouvelle : de là la disposition finale du § 8. On voit qu'elle a eu pour but non d'innover, mais seulement d'écarter la fausse interprétation qu'avait reçue l'ordonnance, non de substituer en un cas quelconque le pourvoi en cassation à la requête civile, mais bien d'interdire toute espèce de voie de réformation dans un cas où la jurisprudence avait cru que la requête civile était admissible.

Il ne nous reste plus qu'à présenter une observation qui s'applique à tout ce qui précède et en détermine le véritable sens. Quand nous disons que la non-communication donne ouverture à la requête civile et n'autorise jamais un recours en cassation,

il faut bien comprendre que nous n'entendons parler que des cas où la communication a été omise, et non de ceux où, ayant été réclamée par les parties, elle aurait été repoussée par les juges. Si cette hypothèse pouvait se réaliser, la requête civile serait un remède évidemment inapplicable et insuffisant, puisqu'elle suppose une inadvertance qu'on demande aux juges de réparer, et non pas une décision volontaire et réfléchie sur laquelle on les sollicite de revenir. Lorsque des magistrats reconnaissent qu'une omission a eu lieu par mégarde et ordonnent qu'elle soit réparée, la dignité de la justice ne subit aucun échec; mais elle serait gravement compromise s'ils étaient autorisés à se déjuger, à s'accuser eux-mêmes d'ignorance ou de prévarication, à passer d'une opinion à l'opinion contraire; le fondement même sur lequel repose l'autorité de la chose jugée en serait ébranlé. En pareil cas, une autorité différente et supérieure peut seule avoir qualité pour proclamer l'erreur commise et en effacer les conséquences; le pourvoi en cassation serait donc évidemment et incontestablement la seule voie raisonnable et juridique. C'est, du reste, ce que la cour de cassation a également reconnu dans l'arrêt du 19 juillet 1809, où il est dit que la non-audition du ministère public n'aurait pu fournir d'ouverture à cassation qu'après que les parties auraient eu *épuisé* la voie de la requête civile.

F. MERVILLE.

DES INSTITUTIONS DE LA FRANCE, considérées au double point de vue civil et politique; par M. Colombel, président du tribunal civil de Nantes.

Compte rendu par M. CH. DEMANGEAT, docteur en droit.

L'auteur de ce livre ne s'est pas proposé de tracer le tableau complet de notre organisation politique et sociale, d'analyser dans tous leurs détails les institutions de la France : pour mener à fin une telle entreprise, la vie d'un homme serait insuffisante. Son but a été simplement d'apprécier à leur juste valeur les plus importantes parmi les règles nombreuses et variées dont l'ensemble forme ce que nous appelons *le droit français*, quand nous donnons à cette expression son sens le plus large et le plus élevé. Prenant pour point de départ l'existence de Dieu et l'immortalité de l'âme, établissant sans peine après cette donnée essentielle la destination de l'homme, il parcourt successivement nos institutions politiques et civiles en soumettant chacune à ce *criterium* : Est-elle ou non conforme à la destination de l'homme?

Pour remplir cette tâche, pour faire ainsi comparaître au tribunal de la raison, sans en omettre aucune, toutes les institutions fondamentales qui sont en vigueur aujourd'hui, plusieurs méthodes se présentaient. Celle que M. Colombel a choisie peut être qualifiée de *méthode historique* ou *chronologique;* il prend l'humanité à sa naissance et la suit à travers les siècles jusqu'au degré de développement où elle est parvenue aujourd'hui. Ce choix est-il heureux? Voilà ce qu'il faut examiner avant tout; car il est facile de comprendre que, dans un travail du genre de celui qui nous occupe, l'influence de la méthode à laquelle on se sera une fois arrêté est immense, le classement auquel on aura soumis les différents objets à parcourir doit nécessairement entraîner des conséquences importantes quant au fond même de la doctrine.

« Trois situations bien distinctes, dit M. Colombel, se dessi-
» nent nettement dans l'histoire de l'humanité : l'état ou l'ordre

» *primitif* (c'est-à-dire l'état *de famille*), l'état ou l'ordre *civil*, » l'état ou l'ordre *politique*. » Et il examine successivement quels ont dû être les droits et les devoirs de l'homme dans chacun de ces trois états. Admettrons-nous cette classification? L'esprit peut-il se faire à une succession d'états si profondément distincts par lesquels aurait passé l'humanité? Est-il possible de concevoir une époque dans laquelle, plusieurs hommes se trouvant réunis, ni l'ordre civil ni l'ordre politique n'auraient encore existé? Non; il faut bien reconnaître que l'humanité, à mesure qu'elle avance, ne suit point une marche aussi brusquement progressive. Dès que plusieurs hommes ont vécu ensemble, le droit a existé sous tous les aspects qu'il peut prendre : droit de famille, droit civil ou privé, droit politique. Cette idée nous semble incontestable; et, pour la méconnaître, il faut confondre le droit civil ou politique avec le mode de son exercice, avec le procédé par lequel il est mis en action. Supposer plusieurs hommes vivant ensemble, c'est nécessairement supposer que ces hommes ont certains droits les uns à l'égard des autres, droits garantis par une sanction réelle (autre que le cri de la conscience); car, en l'absence de cette sanction, l'association ne pourrait subsister un jour. L'homme est ainsi fait qu'il a des passions, et que sa raison ou sa conscience n'est pas toujours un frein suffisant à la manifestation désordonnée et mauvaise de ces passions. Il a donc fallu, dès le principe, qu'il existât un moyen quelconque de protéger le plus faible ou le plus juste contre les entreprises du plus fort ou du moins scrupuleux; qu'il y eût aussi une peine infligée à celui qui aurait violé le droit d'autrui lorsqu'on n'aurait pu prévenir cette violation. La réflexion nous dit que de toute nécessité il en a été ainsi, sans quoi une prompte dissolution de l'association, quelque restreinte qu'on la suppose, eût été inévitable; et l'exactitude de cette idée est confirmée d'une manière éclatante par l'histoire de l'origine des peuples.

Nous ne pouvons admettre qu'il ait jamais existé une époque où tous les hommes étaient parfaitement justes, où, pour faire régner l'ordre entre eux, il suffisait des préceptes de la loi naturelle, c'est-à-dire de la conscience que Dieu a donnée à chacun,

ou, si l'on veut, du sentiment naturel du bien et du mal. L'âge d'or chanté par les poëtes n'est qu'une fiction : l'histoire sainte et l'histoire profane nous montrent la terre souillée dès l'origine par les crimes les plus horribles.

Il faut donc rejeter cette hypothèse d'un ordre primitif où n'existait aucune loi positive. La loi positive n'a pas besoin d'être écrite : elle existe dès qu'il y a une association, parce qu'on n'est associé qu'à certaines conditions, que conformément à une certaine règle. En réalité, l'ordre politique lui-même existe dès qu'il y a une agrégation quelconque d'êtres libres et intelligents : car une pareille agrégation ne peut subsister qu'à charge pour chacun de ses membres de plier en certains points sa volonté propre devant la volonté d'un chef, lequel peut être soit la majorité des associés, soit même l'un d'entre eux qui est recommandé par sa qualité de père, ou par son âge, ou par sa force, etc. Cette idée, M. Colombel lui-même est forcé de l'admettre, et l'exprime en quelque sorte malgré lui. Il dit bien, d'un côté : « Dans l'ordre primitif, Dieu et la conscience, voilà les juges de » nos actions »; mais il avait dit un peu plus haut : « Le père » de la famille en devait naturellement être LE CHEF. » De même, après avoir dit : « L'intérêt qu'a chacun de n'être pas opprimé » suggère aussi à l'homme de ne pas devenir oppresseur, » il convient, quelques pages plus loin, que « les hommes ne nais- » sent égaux ni en taille, ni en force, ni en intelligence. » Évidemment l'idée que celui qui opprime s'expose à être opprimé n'est qu'un obstacle bien insuffisant à l'oppression, au désordre, si l'oppresseur trouve dans la supériorité de sa force ou de son intelligence de quoi braver le ressentiment de l'opprimé. C'est précisément parce que tous les associés ne naissent pas égaux qu'il faut de toute nécessité un certain chef, une certaine autorité, et en même temps une certaine loi bien positive, pour protéger efficacement les plus faibles.

Admettons même pour un instant que cet état primitif, consistant dans l'absence de toute autorité et de toute loi positive, ait réellement existé : en quoi l'étude de la condition de l'homme à cette époque peut-elle nous servir à apprécier la valeur et la légitimité des institutions destinées à une société étendue et per-

fectionnée comme la nôtre? Que la propriété (ou plutôt l'*appropriation*) ait dû être connue dans cet âge primitif, en quoi cela implique-t-il que la propriété telle que nous la concevons aujourd'hui soit respectable? On a bien souvent abusé des mots *droit naturel*, *état de nature*, etc. On a dit pendant longtemps : « Tel droit est sacré, car il appartenait à l'homme *dans l'état de nature*, c'est-à-dire avant que l'homme vécût en société. » M. Colombel ne reproduit pas cette proposition, qui est véritablement ridicule; il montre même avec une grande force de raison que l'homme est réellement fait pour la société, que l'isolement est contraire et non conforme à sa nature. Mais il ne se dégage pas encore complétement des liens de cette vieille idée attachée aux mots *droit naturel*. Pour lui, l'état primitif, c'est l'état de famille; les droits et les devoirs naturels de l'homme, ce sont ceux qui existaient déjà nécessairement dans cet état, avant même que l'homme fût sorti du cercle étroit de la famille; et pour qu'une de nos institutions actuelles lui paraisse légitime, il suffit que la réflexion la lui montre comme ayant dû exister dès l'origine, avant la formation de nations ou de sociétés proprement dites. C'est en ce point que nous reprochons à M. Colombel de ne s'être pas suffisamment affranchi des idées qui ont eu cours dans le siècle dernier, et qui imposent à celui qui veut scruter la nature intime de l'homme pour voir si telle loi positive est en harmonie ou en désaccord avec cette nature intime l'obligation de se reporter à une époque antérieure à la vie sociale. L'homme est fait pour la société, dites-vous; il n'est pas destiné à rester enfermé dans les limites de la famille. Ne vous inquiétez donc pas, si vous voulez être conséquent, des droits qu'il a pu avoir, des devoirs qui ont pu peser sur lui, à l'époque où il ne vivait encore que d'une vie incomplète, où toutes les facultés que Dieu lui a départies en vue de la société restaient inoccupées. Prenez-le hardiment dans le milieu où la Providence a voulu qu'il accomplît sa tâche, et demandez-vous alors si telle ou telle institution est conforme à sa destination, c'est-à-dire, en d'autres termes, s'approche suffisamment du type abstrait de la perfection en droit. Le progrès est devant nous et non derrière : le *droit naturel* n'a point régné parmi nos pères; c'est à nos

enfants qu'il est réservé de le voir un jour en vigueur, quand le législateur, pénétré du but que la Divinité a imposé à l'homme, aura fait de toutes les lois des instruments pour atteindre ce but.

Après cet aperçu critique de l'ordre suivi par M. Colombel, de la partie purement métaphysique de son livre, nous pouvons jeter avec lui un coup d'œil rapide sur quelques-unes de nos institutions, et nous demander jusqu'à quel point elles sont légitimes, c'est-à-dire conformes à la destination de l'homme et au but de la société.

Il y a deux institutions qui ont été, dans ces derniers temps, l'objet d'attaques passionnées, on pourrait dire furieuses : je veux parler de la propriété et de l'intervention de l'État dans l'enseignement. Il était impossible de réduire ces attaques à leur juste valeur avec plus de force, avec un bon sens plus élevé, que ne l'a fait M. Colombel.

1° *De la propriété.* Le principe même de la propriété n'est plus guère attaqué aujourd'hui par les gens sérieux, par ceux qui ne sont pas de simples utopistes : il est trop évident que l'homme a essentiellement besoin, pour se conformer à sa destination, d'avoir en propre certaines choses, ne fût-ce que le vêtement avec lequel il se couvre. Il n'est pas moins incontestable que la Divinité, en mettant la terre à la disposition de l'homme, roi de la création, a voulu qu'il la rendît aussi productive que possible ; or quel moyen de stimuler l'homme au travail, de l'amener à ravir à la terre les richesses qu'elle recèle dans son sein, si ce n'est de lui montrer comme récompense de ses efforts et de ses fatigues l'attribution exclusive des choses nécessaires ou utiles à la vie? Ainsi, la propriété, le droit réservé exclusivement à tel ou tel de jouir et de disposer d'une certaine chose, est une institution bonne et légitime : car elle est fondée sur le travail, car elle est un auxiliaire donné à l'homme qui veut obéir à sa destination.

Maintenant, cette propriété, légitime dans son principe, ne dégénère-t-elle pas en abus à mesure qu'elle s'éloigne de sa source? Respectable dans les mains du travailleur, n'est-elle pas quelque chose d'inique, de monstrueux, dans les mains de celui qui, pour l'acquérir, n'a eu besoin que de naître? Pour ré-

pondre à cette question, il n'y a qu'à rechercher ce que les adversaires du système de la transmission par succession ont proposé d'établir à la place de ce système. Le droit du premier occupant! ont dit les uns. L'attribution à l'État, ont dit les autres, de tout patrimoine laissé vacant par la mort du propriétaire!

Quant au droit du premier occupant, jamais assurément dans une société bien organisée il ne pourra s'appliquer d'une manière un peu étendue, jamais il ne pourra être admis qu'à l'égard d'objets non encore appropriés et qui exigent chez l'homme qui s'en empare une certaine adresse, un certain travail. Quel législateur pourrait avoir l'idée d'attribuer des valeurs considérables à celui qui le premier depuis la mort du propriétaire, par la force ou par la ruse, aurait mis la main sur ces biens prétendus vacants? Ne serait-ce pas établir la guerre autour du lit des morts et même des mourants?

Le deuxième système proposé peut-il plus légitimement prétendre à remplacer le principe de l'hérédité? Nous ne le pensons pas, quoiqu'au premier abord il paraisse raisonnable. Ce système a été clairement exposé par Domat : il est fondé sur cette idée que la propriété, étant le prix du travail, doit être viagère, ne doit exister qu'au profit du travailleur, et qu'à la mort de celui-ci les biens qu'il avait acquis doivent être remis à l'État pour profiter à la société tout entière. Quand on y réfléchit, on reconnaît plusieurs vices dans ce système. En effet, comment l'État ferait-il la distribution des valeurs dont il se trouverait ainsi nanti à la mort de chaque personne? Appellerait-il tous les Français à un partage égal? Il est inutile de chercher à démontrer que cela n'est pas réalisable; et d'ailleurs il y aurait là un abandon flagrant du principe que la propriété est la récompense du travail. L'État se ferait-il entrepreneur de travaux, de manière à récompenser avec le fonds commun chaque travailleur suivant ses mérites? Voilà une idée qui ne nous paraît point extravagante, une idée qui se concilie parfaitement avec les conditions qui légitiment la propriété. Cette idée cependant, il faut en rejeter l'application, du moins l'application générale. Il y aurait là malheureusement une trop large porte ouverte à l'arbitraire, et à l'incertitude des décisions humaines : l'État, en supposant même que ses représen-

tants fussent animés des intentions les plus droites, ne peut avoir l'omniscience, la faculté de partager entre plus de 30 millions d'hommes de manière à remettre à chacun la part qui lui revient légitimement. Quelle base d'appréciation pourrait-il prendre? Quelle serait la proportion entre le salaire accordé au laboureur et le salaire accordé au peintre? Les services rendus par le laboureur ne sont-ils pas au moins aussi méritoires, aussi dignes de récompense, que les services rendus par le peintre? Mais pourtant, rétribuer l'un autant que l'autre, n'est-ce pas rendre le luxe impossible, n'est-ce pas proscrire tous les arts qui vivent du luxe et condamner à l'oisiveté les facultés les plus brillantes de l'intelligence humaine?

Ainsi, en résumé, les deux systèmes qu'on a proposé de mettre à la place de l'hérédité ne peuvent ni l'un ni l'autre supporter un examen un peu sérieux. Voyons donc si, en réalité, la propriété légitimement acquise au travailleur n'est pas légitimement transmise par succession. « L'homme, disait Robespierre, l'homme peut-il transmettre cette terre qu'il a cultivée lorsqu'il est lui-même réduit en poussière? » Il n'y a là, suivant nous, qu'une antithèse puérile. La véritable question est de savoir si la raison s'accommode de ce qu'à la mort d'une personne ses biens passent aux êtres que la loi présume avoir dû lui être les plus chers. Et la réponse à cette question est très-exactement donnée par M. Colombel, lorsqu'il dit : « Quel travailleur sensé ne se révol- » terait à l'idée qu'après sa mort on disputera à ses enfants le » produit de ses pénibles efforts? » Là est la vérité, là est aussi la justification du système de l'hérédité. L'homme ne travaille point seulement pour lui; il travaille surtout, et c'est un des caractères qui le distinguent des animaux, pour la génération qu'il a vue naître et qui le verra mourir. L'usufruitier laisse souvent dépérir le champ qui après sa mort doit passer à des étrangers; le propriétaire arrivé au déclin de la vie travaille encore à défricher la terre dont ses héritiers recueilleront les premiers fruits.

Reconnaissons donc que les lois qui établissent un système de succession sont bonnes et conformes à la destination de l'homme, puisque le droit de transmettre ses biens à ses proches stimule et récompense en même temps les efforts du travailleur. Seulement

une objection paraît pouvoir être opposée à cette manière d'envisager l'hérédité, lorsque la loi attribue les biens ou une portion des biens du défunt contrairement à la volonté par lui exprimée. L'institution d'une réserve au profit de certains héritiers n'est-elle pas inconciliable avec cette idée qu'on veut encourager et récompenser le travailleur en lui permettant de transmettre le fruit de son travail et de se continuer en quelque sorte dans la personne de son héritier? Il suffit de savoir quelles considérations ont fait établir cette institution de la réserve pour comprendre que l'objection n'est pas fondée. Les Romains, nos maîtres en législation, le disaient déjà : la loi protége le père de famille contre lui-même; déshériter complétement son enfant ne peut être que le résultat d'une sorte de démence momentanée. Ainsi, même quand la loi, réduisant les libéralités du père de famille, semble lui faire violence et lui imposer malgré lui ses héritiers, elle ne fait en définitive que se conformer à sa volonté, mais à sa volonté raisonnable et réfléchie.

2° *De l'intervention de l'État dans l'enseignement.* Qu'a voulu dire l'article 69 de la Charte de 1830 en annonçant une loi qui pourvoirait à *la liberté de l'enseignement?* Cela peut-il signifier qu'une loi viendrait proclamer le droit absolu pour chacun de se présenter comme instituteur de la jeunesse, de même que *la liberté du commerce*, par exemple, consiste dans le droit qui en principe appartient à chacun de spéculer sur telle ou telle nature de marchandises, sauf à payer patente? Entendue ainsi, cette disposition de la Charte serait évidemment un non-sens. Si la nation, qui a stipulé ses droits en 1830, avait eu la volonté que chacun pût instruire la jeunesse *de omni re scibili*, assurément, pour proclamer un principe aussi absolu et aussi simple, il n'était pas besoin d'une loi spéciale : la Charte elle-même pouvait et devait immédiatement le proclamer, comme elle avait proclamé, par exemple, le principe de l'abolition de la censure en matière de presse. Le bon sens dit que, si l'on a remis à une loi spéciale le soin de pourvoir à la liberté de l'enseignement, c'est qu'on n'entendait en aucune façon que cette liberté dût être complétement illimitée : c'est parce qu'on sentait bien qu'il y avait quelque chose à réglementer, des conditions à poser, des inca-

pacités à établir, qu'on n'a pas tranché immédiatement et d'un seul coup la question. Aussi nous a-t-il toujours semblé que l'on cédait à une étrange préoccupation lorsqu'on affirmait gravement que la liberté absolue de l'enseignement est proclamée par la Charte.

Maintenant cette prétention, qui n'est pas fondée sur la Charte, est-elle du moins fondée en raison? La liberté sans doute est le premier de tous les biens; mais la société n'est constituée précisément que pour empêcher que la liberté qui appartient à chacun ne s'exerce injustement aux dépens d'autrui. Chacun doit être libre d'enseigner, mais à condition de justifier qu'il n'abusera point de l'ignorance et de la crédulité de ceux à la confiance de qui il va se présenter. Le but de la société ne serait donc pas atteint si l'État, qui la représente, n'exigeait pas de celui qui veut instruire la jeunesse des garanties de savoir et de moralité : en effet, chacun des membres de la société a droit d'être protégé par elle, protégé non-seulement contre la violence, contre la diffamation, etc., mais protégé aussi contre l'imposture, qui dans certaines conditions trouverait en lui une proie trop facile.

Ces principes nous semblent incontestables. Mais nous convenons qu'il peut y avoir un peu plus de doute sur la question de savoir comment l'État, qui doit pouvoir diriger sans chances d'erreur la confiance des pères de famille, se procurera la preuve de la capacité de celui qui veut enseigner. Le système aujourd'hui en vigueur, dans lequel c'est l'État lui-même qui, par le ministère de l'Université, enseigne et constate la capacité de tous ceux qui aspirent à exercer des professions libérales, ce système, consacré par l'expérience de plusieurs siècles, nous paraît en définitive le seul rationnel et le seul légitime, parce qu'il est le seul qui donne des garanties suffisantes de savoir chez les professeurs, et par conséquent de solide instruction chez les élèves [1].

[1] Nous regrettons que M. Colombel, combattant l'institution, projetée il y a quelques années, de *juges* et de *conseillers auditeurs*, ait écrit les lignes suivantes : « Qu'on ne dise pas qu'exiger des jeunes légistes le titre de docteur en » droit, c'est seulement donner, au point de vue de la science, une garantie de » plus aux justiciables..... Une exigence qui ne peut être satisfaite qu'au moyen » d'un sacrifice pécuniaire ne ressemble-t-elle pas assez à un privilége établi en » faveur des riches? Il y a une foule d'excellents sujets qui visent à la chose plus

Prétendre que telle corporation religieuse pourra vivre en dehors du droit commun, que ses membres, en cette seule qualité, auront le privilége d'instruire la jeunesse, c'est émettre une idée qui, dans notre siècle ennemi des fictions et des priviléges, ne peut pas supporter un instant l'examen. Les grades scientifiques, le droit d'enseigner, doivent être accessibles à tous [1]; mais tous aussi doivent oser conquérir au grand jour les avantages qu'ils ambitionnent, et l'État, ou, si l'on veut, l'Université, est, à tout prendre, le juge le plus compétent et le plus impartial en fait de science et même en fait de moralité [2].

Il nous reste à dire un mot de la conclusion à laquelle arrive M. Colombel. Nos institutions civiles, suivant lui, sont excellentes; nos institutions politiques laissent peu de chose à désirer. D'où vient donc ce malaise social qu'on ne saurait nier? d'où vient que tout, dans notre société, ne se passe pas avec une régularité parfaite; que chacun, par exemple, n'est pas dans la position qu'il mérite, qu'il y a des hommes honnêtes et laborieux qui manquent de travail et de pain, enfin que l'intelligence triomphe rarement quand elle lutte contre le capital ou contre l'intrigue? La faute n'en est point aux institutions : le mal vient des hommes; il tient aussi à certaines circonstances qui existent

» qu'au titre; qui se bornent à être doctes sans être docteurs, soit parce que » cette qualité n'ajouterait rien à la masse de leurs connaissances, soit parce que » leur fortune ne leur permettrait pas sans de lourds sacrifices d'arriver au doctorat. » *On peut être docte sans être docteur!* Le mot est joli, et l'idée n'a rien que de vrai. Nous convenons même volontiers qu'il peut se faire qu'on soit docteur sans pourtant être docte. Est-ce à dire que le grade de docteur ne signifie rien? Alors le grade de licencié ne signifie rien non plus; car on peut très-bien connaître les principes essentiels du droit sans être licencié, et *vice versâ.* Donc arrivez à prétendre, si vous êtes conséquent, qu'il n'y a aucune raison pour exiger de celui qui veut être juge le diplôme de licence, et que le gouvernement doit pouvoir appeler à cette grave fonction ceux qui ont *la chose* sans avoir *le titre*. Hélas! quelle administration de la justice nous aurions bientôt avec ce système! Dire que les grades conférés par l'Université ne signifient rien, c'est absolument dire : Les jugements rendus par les tribunaux ne signifient rien. En effet, celui dont le droit est reconnu en justice n'en avait pas moins ce droit (sauf erreur du juge) avant le jugement qu'il a obtenu.

[1] Au XVI[e] siècle, l'histoire nous montre les jésuites briguant l'honneur d'être agrégés à l'Université de Paris, qui les repoussa constamment. On voit que les prétentions des révérends pères ont grandi depuis ce temps-là.

[2] Que de gens pourtant nous avons vus, aux dernières élections, réduits, pour arriver à la chambre, à faire cette promesse sonore, mais ridicule, de combattre de toutes leurs forces le *monopole universitaire!*

nécessairement dans les sociétés humaines, et dont les meilleures institutions sont impuissantes à paralyser l'influence.

Serons-nous aussi optimistes que M. Colombel? Pouvons-nous dire avec lui : Le vice n'est pas dans les institutions, mais dans l'usage qu'on en fait[1]? Que nos cours rendent parfois des arrêts dont s'affligent les jurisconsultes, que les plus hautes fonctions soient remises à des hommes que ne recommandaient ni un mérite éprouvé ni d'honorables services : il faut en accuser sans doute la faiblesse humaine, et, comme on l'a dit, les nécessités gouvernementales; mais il faut en accuser aussi les institutions, qui n'ont pas la force d'empêcher certains actes trop contraires à l'intérêt public. Les meilleures institutions politiques ne sont-elles pas celles qui offrent à la nation le plus de garanties contre l'arbitraire, contre les actes iniques auxquels peuvent être conduits les agents du pouvoir exécutif? Or qui pourrait nier que les institutions politiques de la France ne soient un peu loin de la perfection sous ce rapport?

Du reste, quel que soit l'optimisme de M. Colombel en ce qui touche notre organisation gouvernementale, nous ne pouvons attribuer qu'à un oubli involontaire le silence absolu qu'il garde sur l'institution du *concours*, institution dont l'application est si restreinte aujourd'hui, mais qui certainement est appelé à jouer un grand rôle par la suite, à mesure que diminueront les *nécessités gouvernementales* dont nous parlions tout à l'heure, à mesure que la lumière pénétrera plus avant dans la nation et que tous auront enfin compris que le culte des principes est un titre plus solide que le dévouement aux personnes.

CH. DEMANGEAT.

[1] « Les brigues qui, dans les bureaux du ministère, créent ou font avancer certains fonctionnaires, ont, dans l'opinion publique, l'effet de les rabaisser tous; » et voilà comment l'intrigue amène la déconsidération sur l'administration et la » défaveur sur nos institutions. » (*Des Instit. de la France*, p. 347.)

CHRONIQUE.

ANGLETERRE. Voici le texte de la convention conclue avec la Prusse, le 1er septembre 1846, relativement à la propriété littéraire :

« Art. 1er. Les deux États reconnaissent et se garantissent réciproquement les droits de propriété sur les livres, les pièces de théâtre et les œuvres de musique ; la même protection s'étend aux inventeurs, dessinateurs et graveurs, et aux ouvrages de sculpture, enfin à toute production, quelle qu'elle soit, de littérature et beaux-arts.

» Pour tout produit de ce genre, publié pour la première fois dans l'un ou l'autre des deux États, l'auteur, l'inventeur, le dessinateur, graveur ou sculpteur, jouiront des mêmes droits que s'ils étaient nationaux, et sont mis par la loi à l'abri de tout acte de piraterie.

» Les représentants des auteurs, inventeurs, dessinateurs et graveurs, du moment qu'ils justifient de leurs droits, sont traités sur le même pied que les auteurs, inventeurs, dessinateurs et graveurs.

» Art. 2. Nul, dans l'un ou l'autre État, ne peut jouir de cette protection si l'ouvrage pour lequel le droit de propriété est réclamé n'a pas préalablement été déposé et enregistré, par les soins de l'inventeur ou de son fondé de pouvoirs, de la manière suivante :

» 1° Si l'ouvrage a paru d'abord dans les États de S. M. le roi de Prusse, il doit être déposé et enregistré au livre-registre de la compagnie des libraires à Londres ;

» 2° Si l'ouvrage a paru d'abord dans les États de S. M. Britannique, il devra être enregistré au livre tenu à cet effet au ministère prussien pour les affaires ecclésiastiques, d'éducation et de médecine.

» Art. 3. Les auteurs de pièces de théâtre ou de composition de musique représentées, pour la première fois, dans l'un ou l'autre des deux États, de même que leurs fondés de pouvoirs, sont également protégés contre la représentation ou exécution de leurs œuvres à l'égal des auteurs nationaux, pourvu que le dépôt préalable ait été fait aux offices ci-dessous désignés.

» Art. 4. Les droits à payer à l'importation dans le royaume-uni de la Grande-Bretagne sont réduits, pour les livres, impressions ou dessins publiés dans le royaume de Prusse, de la manière suivante :

» Ouvrages originaux publiés dans le royaume-uni de la Grande-Bretagne et réimprimés en Prusse.	2 l.	10 s.	d.
» Ouvrages non publiés originairement dans le royaume-uni de la Grande-Bretagne.	»	15	»
» Impressions ou dessins, simples ou coloriés, la pièce.	»	»	1/2
» Brochés ou reliés, la douzaine.	»	»	1 1/2

» Il est bien entendu que tout ouvrage dont une partie quelconque a été publiée originairement dans le royaume-uni de la Grande-Bretagne sera considéré comme ouvrage original publié dans le royaume de la Grande-Bretagne et réimprimé en Prusse, et sera sujet aux droits de 2 l. 10 s. par quintal, quand même quelques additions originales y auraient été faites dans l'autre pays, à moins que ces addi-

tions originales ne soient équivalentes en étendue à la partie de l'ouvrage publiée originairement dans le rayonnement de la Grande-Bretagne, auquel cas cet ouvrage ne serait plus sujet qu'au droit de 15 schellings par quintal.

» Art. 5. Une estampille conforme au modèle sera déposée à la douane du royaume-uni de la Grande-Bretagne. Les autorités municipales, dans les diverses villes de la Prusse, devront apposer une semblable estampille à tous les livres destinés à être exportés pour la Grande-Bretagne. Tout livre dont le titre ne porterait pas qu'il a été imprimé dans l'une des villes du royaume de Prusse, et qui ne serait pas revêtu de l'estampille, ne pourra être considéré comme publié en Prusse.

» Art. 6. Rien dans cette convention ne s'oppose au droit qu'a chacune des parties contractantes de prohiber l'importation dans leurs États de tous livres qui, d'après leurs lois, sont regardés comme acte de piraterie ou d'atteinte au droit de propriété littéraire.

» Art. 7. Dans le cas où l'une des parties contractantes ferait un traité pour la reconnaissance du droit de propriété littéraire internationale avec une troisième puissance, les stipulations des articles ci-dessus seraient également applicables.

» Art. 8. Ceux des États de l'Allemagne qui sont unis à la Prusse par leur traité d'union commerciale, ou qui s'y réuniraient postérieurement, auront le droit d'accéder à ladite convention, et tout livre, impression et dessin publiés dans cet État, jouiront des mêmes droits que la Prusse.

» Art. 9. La présente convention sera mise à exécution le 1er septembre 1846, et durera cinq années à partir de cette date; elle pourra être prolongée en se prévenant réciproquement un an d'avance. »

Autriche. *Gallicie.* Une ordonnance impériale vient d'ordonner que dorénavant tous les individus qui se rendront coupables d'émeutes et d'autres excès seront traduits devant les tribunaux militaires, qui les jugeront dans les vingt-quatre heures avec procédure sommaire et sans appel.

— Jusqu'ici, en Gallicie, les propriétaires des domaines nobles avaient dans leurs terres le droit de juridiction, c'est-à-dire, le droit de faire rendre la justice en matière civile par des juges à leur nomination. Ce droit vient d'être aboli par une ordonnance impériale, aux termes de laquelle dorénavant toutes les contestations élevées entre les habitants des domaines nobles, et entre ces habitants et leurs seigneurs, seront jugés par les tribunaux impériaux des districts respectifs.

Bade. Le 24 septembre, la seconde chambre des États a discuté la proposition du député Necker ayant pour objet de déclarer certaines fonctions publiques incompatibles avec la qualité de député.

Le § 1er, qui déclarait la qualité de député incompatible avec les fonctions de ministre, a été rejeté.

Le § 2 a été adopté; il porte que les présidents des régences des cercles ne pourront être élus députés, non plus que le commissaire chargé de présider à des opérations électorales.

Le § 3 est également adopté; il déclare non éligibles les juges, les juges d'instruction, et les membres du ministère public.

Le § 4 a été rejeté; il soumettait à une réélection tout député acceptant des fonctions publiques salariées.

— La loi adoptée par les chambres et sanctionnée par le grand-duc, qui établit la séparation du pouvoir judiciaire des deux autres pouvoirs, l'inamovibilité des juges, la procédure orale et la publicité des débats judiciaires, vient d'être promulguée; elle est suivie d'une ordonnance qui prescrit que cette loi sera exécutée

à partir du 1er janvier 1847. M. Soin, député, a proposé à la chambre de solliciter du grand-duc la présentation d'un projet de loi qui attribuerait aux tribunaux la connaissance des contraventions et des délits de moindre gravité; cette proposition a été adoptée à l'unanimité. Jusqu'à ce jour la police est investie du pouvoir de punir arbitrairement ces contraventions et délits.

Espagne. Une ordonnance royale en date du 11 septembre 1846 est ainsi conçue :

« En supprimant, par mon ordonnance royale du 31 juillet dernier, la commission des Codes, dont j'ai reconnu alors le zèle, l'intelligence et l'assiduité, qualités que j'aurai présentes à l'esprit pour avoir égard à l'occasion au mérite de ses membres, je me suis réservé de faire ce qui conviendrait pour la conclusion la plus expéditive et la plus sûre des projets de Codes non encore rédigés, et conformément à cette réserve je décrète ce qui suit :

« Art. 1er. Les travaux indiqués, qui sont intrinsèquement aussi délicats qu'importants, sont confiés à une nouvelle commission qui sera divisée en deux sections, une du Code civil, et l'autre de procédure civile et criminelle.

» Art. 2. Je nomme membres de cette commission : Juan Bravo Murillo, président, Florencio Garcia Goyena, Claudio Antonio de Luzuriago, Pedro Joinenez Navarro, Manuel de Seijar Lozono et Manuel Perez Hernandez.

» Art. 3. Aucun des membres de cette commission ne touchera ni traitement, ni gratification pour cet objet. Les services qu'ils rendront, je l'espère, seront récompensés dans un temps opportun. »

États-Unis. Le congrès, avant de se séparer, a admis au rang d'États les territoires de Iowa et de Wisconsin, dont la population a atteint le chiffre fixé par la constitution. L'Union américaine se compose donc actuellement de trente États.

— Le sénat et la chambre des représentants ont adopté, et le président vient de sanctionner le bill des douanes. Cette loi admet, comme règle générale, la fixation des droits *ad valorem*. Elle établit des entrepôts avec suspension du payement des droits d'entrée, et elle ordonne pour New-York et pour d'autres villes la construction de docks pareils à ceux de Londres.

États pontificaux. D'après un tableau officiel dressé tout récemment, la ville de Rome est divisée en 54 paroisses, habitées par 35,988 familles. Elle compte 41 évêques, 1,503 prêtres, 2,815 moines et prêtres attachés aux couvents, 1,473 religieuses, 520 séminaristes, 349 hérétiques et Turcs.

Francfort. — *Conférences relatives au régime des prisons.* — Le congrès plénipotentiaire, assemblé à Francfort-sur-le-Mein sous la présidence de M. Mittermaier, a clos ses séances le 30 septembre.

Voici le texte des différentes propositions que l'assemblée a adoptées :

« L'emprisonnement *séparé* ou *individuel* doit être appliqué aux prévenus et aux accusés, de manière à ce qu'il ne puisse y avoir aucune espèce de communication, soit entre eux, soit avec d'autres détenus, sauf dans le cas où, sur la demande des prisonniers eux-mêmes, les magistrats chargés de l'instruction jugent à propos de leur permettre certains rapports dans les limites déterminées par la loi.

» L'emprisonnement individuel sera appliqué aux condamnés en général avec les aggravations ou les adoucissements commandés par la nature des offenses et des condamnations, l'individualité et la conduite des prisonniers, de manière à ce que chaque détenu soit occupé à un travail utile, qu'il jouisse chaque jour de l'exercice en plein air, qu'il participe au bénéfice de l'instruction religieuse, morale et scolaire, et aux exercices du culte, et qu'il reçoive régulièrement les

visites du ministre de son culte, du directeur, du médecin et des membres de commission de surveillance et de patronage, indépendamment des autres visites qui pourront être autorisées par les règlements. La résolution qui précède s'appliquera notamment aux emprisonnements de courte durée.

» L'emprisonnement individuel sera également appliqué aux détentions de longue durée, en le combinant avec tous les adoucissements *progressifs* compatibles avec le maintien du principe de la séparation.

» Lorsque l'état maladif du corps ou de l'esprit d'un détenu l'exigera, l'administration pourra soumettre ce détenu à tel régime qu'elle jugera convenable, et même lui accorder le soulagement d'une société continue, sans cependant que, dans ce cas, il puisse être réuni à d'autres détenus.

» Les prisons cellulaires seront construites de manière à ce que chaque prisonnier puisse assister aux services de son culte, voyant et entendant le ministre officiant et en étant vu, le tout sans qu'il soit porté atteinte au principe fondamental de la séparation des prisonniers entre eux.

» La substitution de la peine de l'emprisonnement individuel à la peine de l'emprisonnement en commun doit avoir pour effet immédiat d'abréger la durée des détentions telle qu'elle est déterminée dans les codes existants.

» La révision des législations pénales, l'organisation d'une inspection de prisons et de commissions de surveillance, et l'institution d'un patronage pour les condamnés libérés, doivent être considérées comme le complément indispensable de la réforme pénitentiaire. »

L'assemblée a décidé, en outre, que le congrès pénitentiaire se réunira de nouveau, à Bruxelles, vers le 20 du mois de septembre 1847. Cette réunion aura surtout pour but de continuer et de compléter les discussions relatives à la réforme pénitentiaire qui ont eu lieu à Francfort les 28, 29 et 30 septembre 1846. On y traitera, entre autres, les points suivants : organisation intérieure des maisons pénitentiaires : personnel, inspection, commissions de surveillance, etc.; architecture des prisons et des pénitenciers d'après le mode d'emprisonnement séparé : disposition des bâtiments, dimension des cellules, ventilation, chauffage, distribution d'eau, aisances, préaux, chapelle, etc.; organisation du patronage pour les détenus libérés; asiles et maisons de réforme pour les jeunes détenus; colonies agricoles; réformes à introduire dans les législations criminelles, envisagées comme corollaires indispensables de la réforme pénitentiaire; justice préventive; causes de la criminalité.

La France était représentée dans cette réunion par MM. Moreau-Christophe, inspecteur général des prisons; l'abbé Laroque, aumônier des Invalides, missionnaire apostolique : du Boys, ancien magistrat, et Ardit, chef de la division des prisons au ministère de l'intérieur.

Pays Bas. Sur la demande des États généraux, le gouvernement a fait élaborer le projet d'un nouveau Code pénal. Ce projet, qui sera présenté aux chambres dès le commencement de leur prochaine session, abolit toutes les peines corporelles, l'exposition, la flétrissure et la déportation. Il conserve la peine capitale, mais seulement pour un très-petit nombre de cas. La plus forte peine, après celle de mort, sera celle des travaux à perpétuité dans une maison de force; tout emprisonnement sera cellulaire, et de quinze ans au plus.

Prusse. Le gouvernement fait établir à Stettin des docks à l'instar de ceux de Londres, pour servir d'entrepôt réel aux marchandises venant de l'étranger et destinées à un pays non compris dans l'union douanière.

Russie. Un ukase impérial du mois d'avril 1846 apporte les modifications suivantes au système des pénalités. La peine de dix coups de knout prononcée par la loi en vigueur sera remplacé par trente coups de fouet; la peine de dix à vingt coups de knout par cinquante coups de fouet. Dans une proportion analogue, les coups de verge prendront la place de coups de fouet comminés par la législation d'aujourd'hui.

Turquie. Une ordonnance de la Porte permet à tous sujets turcs, à Constantinople et dans les provinces, de bâtir des maisons, magasins et boutiques en pierre. Jusqu'ici toutes les constructions particulières, et même quelques palais du sultan, étaient pour la plupart faites en bois; il fallait une autorisation spéciale du gouvernement pour employer la pierre.

France. Une ordonnance du 23 août 1846 porte de six à huit le nombre des juges de paix de la colonie de Bourbon, et détermine la circonscription respective de ces nouvelles justices de paix. L'article 2 dispose que les juges de paix sont appelés à concourir aux tournées et aux inspections prescrites pour le patronage des esclaves par l'ordonnance du 5 janvier 1840, et qu'ils participeront à ce service en exécution et dans la limite des délégations spéciales qui leur seront respectivement données par le procureur général, ou, au nom de celui-ci, par le procureur du roi.

— Un arrêté du ministre de l'instruction publique, du 25 août, contient les dispositions suivantes : « Art. 1er. A l'avenir, dans les concours d'agrégation ouverts devant les Facultés de médecine, l'élimination des candidats prescrite par l'article 2 de l'arrêté du 23 août 1842, devra être faite de manière à n'en conserver que trois au plus ou deux au moins pour chaque place vacante. — Art. 2. Une épreuve clinique, dont la durée sera de trois quarts d'heure, est ajoutée aux épreuves définitives du concours pour les places d'agrégés dans les sections des sciences médicales et des sciences chirurgicales, etc. »

— Le *Bulletin des lois* contient une ordonnance du 1er octobre 1846 qui prescrit la publication du traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu le 28 octobre 1844 entre la France et la république de la Nouvelle-Grenade.

— Par arrêté de M. le ministre de l'instruction publique, grand maître de l'Université, en date du 12 octobre 1846, M. Giraud, conseiller titulaire de l'Université, est nommé président du concours qui doit s'ouvrir le 16 novembre prochain, devant la Faculté de droit de Paris, pour une chaire de procédure civile et pour une place de suppléant. Sont nommés juges adjoints dudit concours : MM. Vincens Saint-Laurent, conseiller à la cour de cassation; Pascalis et Delapalme, avocats généraux à la même cour; Hébert, procureur général près la cour royale de Paris; Ferey et Zangiacomi, conseillers à la même cour; Benech, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; Demolombe, professeur à la Faculté de droit de Caen; Taulier, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

— Par d'autres arrêtés de M. le ministre de l'instruction publique, en date du 12 octobre, MM. Ginoulhiac et Jalabert, docteurs en droit, sont chargés provisoirement des fonctions de suppléants à la Faculté de droit d'Aix, et M. Villequez, docteur en droit, des mêmes fonctions à la Faculté de droit de Dijon.

— Le roi, sur le rapport du ministre des travaux publics, a signé un règlement général d'administration publique pour les chemins de fer.

De la modification des servitudes par la prescription. — Interprétation de l'article 708 du Code civil.

Par M. DUPRET, professeur de Code civil à l'université de Liége (Belgique).

Un auteur moderne, que nous avons toujours tenu en haute estime, M. Toullier, dit (t. III, n° 699), que la prescriptibilité du mode des servitudes est un principe fécond, qui s'applique à l'acquisition comme à l'extinction des servitudes. A cette proposition, qui est vraie, nous nous permettrons d'ajouter que si le principe de l'article 708 Code civil, dont il est ici question, est fécond en conséquences et en applications, il ne l'est pas moins en difficultés, ainsi qu'on pourra s'en convaincre à la lecture du présent article.

Nous nous proposons d'examiner ces difficultés et de nous attacher de préférence aux points qui ne nous paraissent pas avoir été suffisamment élucidés. Nous commencerons par donner un aperçu de la doctrine moderne sur la matière.

En mettant l'article 708 en regard des articles 690, 691, 706, 707 et 2252 Code civil, on décide assez généralement :

1° Que si, pendant trente ans, le propriétaire du fonds dominant a joui d'un droit plus étendu que ne le comportait son titre, il aura acquis l'extension, pourvu qu'il s'agisse d'une servitude continue et apparente. S'il s'agit de toute autre servitude, spécialement d'une servitude discontinue, le droit sera conservé tel qu'il est déterminé par le titre, et l'extension dont on aura joui ne sera pas acquise;

2° Que si, au contraire, on a exercé le droit d'une manière restreinte, la servitude sera réduite par la prescription, sans faire aucune distinction entre les servitudes apparentes et non apparentes, continues et discontinues;

3° Enfin, lorsque la servitude dont on a usé pendant trente ans diffère du droit concédé, par le lieu ou par le temps de son exercice, on décide, dans tous les cas, que le droit primitif est éteint, et que le droit exercé est seulement acquis s'il constitue

une servitude continue et apparente, pourvu encore que le fonds servant n'ait pas été possédé par un mineur, ou un interdit ; que s'il constitue une servitude non susceptible d'être établie par prescription, ou bien si la prescription a été suspendue pour minorité, il n'est pas acquis, de sorte que tout est perdu pour le fonds dominant.

Ces solutions, à notre avis, sont trop absolues et pèchent surtout en ce qu'elles tendent à isoler complétement la possession du titre.

Certes nous ne voulons pas contester l'influence de la possession en matière de servitudes; mais c'est s'exposer à l'erreur que d'envisager cette possession, abstraction faite du titre qui établit le droit. La possession peut modifier le droit (art. 708 C. civ.), mais pour cela il faut qu'il soit bien certain qu'elle n'est pas conforme au droit. Lorsqu'on réclame l'application de l'article 708, il convient donc de rechercher avant tout si, en fait, la possession peut s'accorder avec le titre. Toutes les fois que ce point sera résolu affirmativement, il ne sera question ni de prescription acquisitive, ni de prescription extinctive; la possession n'aura eu qu'une force conservatrice du droit établi. Ajoutons que, dans le doute sur l'étendue et les caractères de la possession, on devra l'envisager comme conforme au titre : *Ad primordium tituli posterior semper formatur eventus.*

C'est cette idée que l'on verra se reproduire et dominer dans la discussion qui va suivre. Nous diviserons notre article en trois paragraphes : dans le premier nous appliquerons le principe de l'article 708 à l'extension des servitudes; dans le deuxième nous l'appliquerons à la diminution du droit; et dans le troisième nous parlerons du changement d'assignation.

§ Ier.

Nous aurons peu de choses à dire du principe de l'article 708, appliqué à l'extension des servitudes, parce que, sur ce point, nous ne nous écartons pas de la doctrine généralement enseignée.

Il ne peut être ici question que des servitudes continues et ap-

parentes, et, en ce qui les concerne, il nous paraît évident que si, pendant le temps requis pour prescrire, on a possédé un droit plus étendu que le titre ne le comportait, on aura acquis l'extension du droit; la possession de cette extension ne peut se référer au titre, puisqu'elle l'outrepasse. Elle constitue une usurpation sur le droit d'autrui, et cette usurpation ayant les caractères d'apparence et de continuité requis par la loi, doit, avec le temps, se convertir en droit, pourvu qu'il n'existe pas un obstacle à la prescription, tel que la minorité du propriétaire du fonds servant.

Vous m'avez concédé le droit d'avoir une fenêtre de quatre pieds de largeur, donnant sur votre fonds; j'ai pratiqué et conservé pendant trente ans une fenêtre de six pieds; j'aurai usurpé et acquis les deux pieds d'extension. De même, si à côté de la fenêtre que j'avais le droit d'ouvrir, j'en ai pratiqué une deuxième sans titre, j'acquerrai par la prescription le droit de maintenir celle-ci.

Cela ne souffre pas la moindre difficulté, lorsqu'il s'agit, comme dans les exemples posés, de servitudes continues et apparentes, qui s'exercent d'elles-mêmes, et sans la moindre interruption.

Mais il existe des servitudes dont l'exercice est intermittent ou périodique, et qui sont cependant rangées par la doctrine dans la classe des servitudes continues. Telles sont les prises d'eau dont on use à certaines heures de la journée, ou enfin à certaines époques de l'année, en ouvrant une vanne ou écluse. Ces servitudes sont continues, quoique le fait de l'homme soit nécessaire pour les mettre en exercice; parce que, une fois le fait accompli, elles s'exercent d'elles-mêmes, jusqu'à ce qu'un fait nouveau vienne les interrompre. Lorsque le législateur a caractérisé les servitudes discontinues, en disant (art. 688, C. civ.) que c'étaient celles qui avaient besoin du *fait actuel* de l'homme pour être exercées, il n'a entendu comprendre dans sa définition que les servitudes consistant dans le droit d'exécuter ce fait actuel, en d'autres termes, celles dont l'exercice consiste dans le fait actuel de l'homme. Telles sont les servitudes de puisage et de passage, citées comme exemples par l'article 688. Mais, quant à la servi-

tude de prise d'eau dont nous nous occupons maintenant, elle ne consiste pas dans le droit d'ouvrir une vanne ou une écluse, mais dans le droit de laisser couler l'eau dans sa propriété à certaines époques, la vanne étant ouverte. Le fait d'ouvrir la vanne ne constitue pas l'exercice du droit, il lève l'obstacle momentané qui s'oppose à cet exercice. Nous concevons donc parfaitement que M. Duranton (t. V, n° 492) ait envisagé les prises d'eau, s'exerçant à certaines époques, au moyen de vannes, comme des servitudes continues, tandis qu'il a rangé la servitude d'évier dans la classe des servitudes discontinues (*V.* une consultation de M. Duranton, citée dans le recueil de Sirey, année 1838, 2, 348, à la note). Ce judicieux jurisconsulte a reconnu, avec raison, la nécessité du fait actuel de l'homme pour l'usage de la servitude d'évier, qui consiste, non dans le droit d'avoir un évier, mais dans le droit de jeter les eaux ménagères par l'évier sur la propri té d'autrui, et qui par conséquent, à la différence de la prise d'eau, ne s'exerce jamais d'elle-même.

Puisque la servitude de prise d'eau dont nous nous occupons maintenant est continue, et qu'elle est en même temps apparente, elle peut s'établir par prescription, et elle peut aussi acquérir par la prescription plus d'étendue que le titre ne lui en donnait.

Mais il se présentera des difficultés, lorsqu'on voudra appliquer à ce cas le principe de la prescriptibilité du mode de la servitude.

J'ai le droit d'avoir l'eau tous les jours de la semaine, de six heures du matin à midi, et je prouve que presque toujours la vanne est restée levée jusqu'à trois heures de l'après-midi; aurais-je acquis une extension de droit?

Ces difficultés n'existeront qu'en fait.

En droit, je puis acquérir une extension de la servitude, puisque la servitude elle-même, avec toute l'étendue que je réclame, aurait pu s'établir sans titre, et par la force seule de la possession.

En fait, je devrai prouver que ma possession a eu un caractère constant et précis, qui fait présumer la concession d'un droit.

Les actes de possession, lorsqu'ils se sont reproduits pendant longtemps, peuvent toujours se rapporter à une cause déterminante. Dans un cas, la possession se sera réglée sur les besoins du fonds dominant; dans un autre cas, sur les besoins du fonds servant : par exemple, si j'ai une prise d'eau dans un bief appartenant à une usine, et que je n'aie usé de cette prise d'eau que quand l'usine chômait. Dans d'autres cas encore elle se sera réglée sur l'état de l'atmosphère, sur le plus ou moins de gonflement du bief, occasionné par les pluies, etc., etc.

C'est cette cause déterminante que le juge devra rechercher pour en faire la base de son règlement entre les parties. Il devra, pour cela, apprécier l'ensemble des actes de possession, sans s'arrêter aux déviations passagères, occasionnées, par exemple, par des réparations à faire à une usine, ou une diminution temporaire de l'achalandage.

On voit, d'après cela, qu'on ne doit pas toujours s'attacher précisément aux jours et heures auxquels le droit a été exercé, mais bien à la cause de cet exercice et aux circonstances qui l'ont déterminé, afin de décider que l'exercice sera autorisé chaque fois que la même cause et les mêmes circonstances existeront.

Si celui qui prétend que son droit a acquis plus d'étendue par la prescription, ne parvient pas à prouver que sa possession a eu une cause déterminante, autre que celle qui a servi de base à la limitation du droit dans le titre, il devra s'en tenir à son titre, et il n'aura rien acquis au delà.

§ II.

Nous avons promis de parler, dans notre deuxième paragraphe, de la restriction des servitudes qui résulte de la prescription.

Le droit romain n'admettait pas qu'une servitude pût être réduite par la prescription. Pour conserver la servitude entière, il n'était pas nécessaire de faire *tout* ce que le titre permettait, il suffisait d'user du droit d'une manière quelconque. Ainsi celui qui, ayant l'*iter* et l'*actum*, s'était borné à passer à pied pendant le temps requis pour prescrire, n'avait pas pour cela perdu l'*actum*

(*V.* L. 2, ff., *Quemad. serv. amitt.*). Ainsi encore celui qui avait usé d'un chemin plus étroit que ne le portait la concession, conservait tout son droit, et celui qui passait par une partie du sentier, conservait le sentier entier (*V.* L. 9, § 1, ff., *Si serv. vind.*, et L. 8, § 1, ff., *Quemad. serv. amitt.*).

C'est donc à tort que quelques auteurs anciens se sont basés sur le droit romain, pour décider que la servitude se restreignait par la prescription.

Domat, entre autres, est tombé dans cette erreur. Dans son traité des lois civiles, liv. I, tit. 12, sect. 6, n° 5, il dit : « Les » servitudes se perdent par la prescription, ou elles sont *réduites* » à ce qui en est conservé par la possession pendant le temps » requis pour prescrire. » Il cite à l'appui de sa proposition la loi 10, § 1, ff., *Quemad. serv. amitt.*; mais quand on lit ce texte, on voit de suite qu'il y est question d'une extinction, et nullement d'une réduction de servitude. Le jurisconsulte suppose que j'ai le droit de prendre l'eau *pendant la nuit seulement*, et décide que j'ai perdu cette servitude, si j'ai pris l'eau pendant le jour; de même que, si j'ai le droit de prendre l'eau à certaines heures, j'ai perdu ce droit, si je n'en ai pris *à aucune de ces heures*, mais bien à d'autres : *Aliis usus fuerit nec ullâ parte earum horarum.*

Lalaure, page 68 (édit. de M. Paillet, Paris, 1824), décide également que « si, ayant le droit de puiser de jour et de nuit, » je ne me servais du puisage que pendant le jour, alors je perdrais » par la prescription le droit d'aller puiser de nuit. L. 17, *pr.* ff., » *De acquâ et aq. pluv. arc.* » Mais nous ne croyons pas que l'intention de cet auteur ait été de chercher dans cette loi le principe d'une réduction des servitudes par la prescription : car à la page 66, il dit que « celui qui use de la servitude en quel- » que partie, la conserve et la retient tout entière. »

Lalaure ne veut donc pas, croyons-nous, donner à la loi 17, *pr.* ff., *De aquâ et aq. pl. arc.*, une autre portée qu'elle n'a en réalité. Dans ce texte il s'agit de deux servitudes distinctes, établies par des titres différents; on y dit que si j'ai d'abord acquis la servitude d'eau nocturne; qu'ensuite, et par une autre concession, j'aie acquis une prise d'eau diurne, je perds ma prise

d'eau diurne, si je n'ai usé de l'eau que pendant la nuit : *Quia hoc casu, plures sunt servitutes diversarum causarum.*

Il était un cas toutefois, dans lequel on perdait le droit, si on ne l'avait exercé qu'en partie; c'était lorsque l'on avait ignoré qu'on eût un droit plus étendu que celui dont on avait usé. Ainsi, en argumentant de la loi 20, ff., *Quibus mod. usuf. amitt.*, on décidait que celui qui ayant la *via*, mais croyant n'avoir que l'*iter*, avait joui simplement de l'*iter*, perdait la *via*, mais acquérait en même temps l'*iter* par la prescription.

Le Code civil, dans son article 708, qui paraît être emprunté à Domat, consacre le principe de la modification des servitudes par la prescription, et comme cet article se trouve placé dans la section qui traite de l'extinction des servitudes, il est évident que le législateur moderne a eu ici principalement en vue la réduction des servitudes; quoique, dans notre opinion, on doive aussi appliquer le même principe à l'extension des servitudes continues et apparentes, ainsi que nous l'avons fait dans notre premier paragraphe.

Il est donc vrai de dire aujourd'hui que le droit de servitude *peut* se modifier dans un sens restrictif par la prescription, c'est-à-dire qu'un droit de servitude n'est plus nécessairement conservé en entier, par cela qu'on en a usé en partie; que ce droit, qui existait avec une certaine étendue, *peut*, par la prescription, être réduit à des limites plus étroites.

Mais cet article 708 a-t-il pour conséquence inévitable que le droit soit *toujours* restreint, lorsqu'on ne l'aura pas exercé dans toute son étendue, lorsque l'on n'aura pas fait *tous* les actes que l'on était autorisé à faire?

Il est certain que, si nous posions une pareille question en ce qui concerne le droit de propriété, la réponse devrait être négative. Le propriétaire peut disposer de sa chose de la manière la plus absolue (art. 544 C. civ.); il peut cultiver son fonds, y faire des constructions, etc., etc. Si, pendant trente ans et plus, il s'est abstenu de bâtir, le voisin, bien certainement, ne pourra pas s'opposer à cet acte de propriété. Le propriétaire lui dirait avec raison : « En cultivant mon fonds, en n'y élevant aucune construction, j'ai fait acte de pure faculté, et de pareils actes

ne peuvent servir de fondement à aucune prescription (art. 2233 C. civ.). Vous n'avez possédé aucune partie de mon droit, vous n'avez pas pratiqué de fenêtres ouvrantes sur mon héritage, etc.; vous n'avez rien usucapé.

Mais lorsqu'il s'agit du droit de servitude, la solution, au premier abord, paraît devoir être affirmative. Outre la raison de texte basée sur l'article 708, on peut dire que le droit de servitude constitue une diminution du droit de propriété; que ces deux droits s'exercent sur le même fonds; qu'il y a entre eux une lutte continuelle; que, quand le droit de servitude s'exerce, le fonds perd sa liberté, comme il la récupère et la possède quand il ne s'exerce plus; que par conséquent, si on n'a usé de la servitude qu'en partie, le fonds servant a possédé une partie de sa liberté, et a acquis ce dégrèvement par la prescription.

Toutefois ce raisonnement n'est pas exact, et pour s'en convaincre, il suffit d'envisager les conséquences qui en découlent.

Le droit de servitude peut se modifier de mille façons différentes. Tantôt il aura pour mesure de son étendue le temps, ou une certaine périodicité dans les actes que l'on peut faire : j'aurai, par exemple, le droit de passer à telle heure, ou le jour et non la nuit, ou pendant l'époque de la récolte, etc.; tantôt cette mesure consistera dans la largeur de la voie que je puis frayer, tantôt dans la nature des véhicules auxquels je fais traverser votre fonds, etc., etc. On voit combien de bases différentes peuvent servir à mesurer l'étendue du droit, en prenant pour exemple une seule servitude, celle de passage. Et que serait-ce si on voulait examiner une à une les diverses servitudes que la loi permet d'établir?

Or, dès que cette mesure se restreint, le droit est réduit, et, par application du raisonnement que nous formulions tout à l'heure, si, pendant le temps requis pour prescrire, on n'a usé de son droit que d'une certaine manière ou dans certaines bornes, ce droit sera modifié par la prescription.

Ainsi, j'ai le droit de passer par votre héritage pour arriver à ma maison; et comme je n'habite cette maison que l'été, je n'ai pas, pendant trente ans, usé de mon droit en hiver; mon droit de passage sera réduit à un passage d'été.

Ainsi encore, j'ai le droit de passer par votre porte cochère avec chevaux et voitures ; mais comme je n'ai pas d'équipages, je me suis contenté de passer à pied ; mon droit sera restreint.

Bien plus, j'aurai passé avec une charrette cinq ou six fois par an pour les nécessités du ménage ; mon droit sera réduit à un passage à pied et à la faculté de passer avec une charrette cinq ou six fois par an.

Nous pourrions multiplier les applications, mais celles-ci suffiront pour démontrer que notre argumentation renferme un vice ; car tout raisonnement est vicieux lorsqu'il conduit à des conséquences dont quelques-unes au moins sont inadmissibles.

Notre raisonnement pèche en ce qu'il présente le fonds servant comme étant en possession de liberté, par cela seulement que le propriétaire du fonds dominant ne fait pas *tous* les actes qu'il est en droit de faire. Or cela n'est pas exact. Si votre titre vous autorise à passer, sans limitation quant aux époques, c'est-à-dire en tout temps, et que vous passiez seulement en été, vous avez exercé votre droit de passer en tout temps, c'est-à-dire quand vous le jugeriez bon. Le fonds servant n'a pas été en possession de liberté ; il a au contraire été soumis à l'exercice du droit tel qu'il était établi. De même, si vous aviez le droit de passer, suivant vos besoins et convenances, soit à pied, soit avec des chevaux et voitures, et que vous ayez passé seulement à pied, ou bien cinq ou six fois l'an avec une charrette, le fonds servant n'a pas été en possession de liberté, puisqu'il a subi l'exercice de votre droit de passer suivant vos besoins et convenances.

On voit que nous nous rapprochons beaucoup de la théorie du droit romain. Cependant nous devons nous garder d'y rentrer tout à fait, car nous mettrions ainsi de côté l'article 708 du Code civil, et nous ne lui attribuerions aucune valeur.

Nous voulons tenir compte de cette disposition, et nous dirons que le droit de servitude *peut* se restreindre par la prescription, mais qu'il ne sera pas nécessairement restreint par cela seulement qu'on n'aura pas fait tous les actes qu'il autorisait.

Notre formule est que le droit est conservé dans son entier toutes les fois que la possession s'accordera avec le titre, et

n'aura trouvé de limites que dans la volonté, les besoins ou les convenances du propriétaire du fonds dominant;

Que le droit, au contraire, sera restreint, lorsque la possession présentera des caractères qui la feront envisager comme ayant été réglée sur un droit moindre que le droit établi. Cela aura lieu lorsque la possession aura eu pour limites certains intérêts ou besoins du propriétaire du fonds servant. Dans ce cas, on peut dire que ce propriétaire a possédé la liberté résultant du mode nouveau de la servitude. Ses besoins ou intérêts, respectés pendant trente ans, se convertissent en droits, par exemple : j'avais le droit de passer par votre fonds, et il est prouvé que je me suis toujours abstenu d'y passer lorsqu'une récolte était sur pied. Cela aura lieu encore lorsque la possession modifiée concordera avec une amélioration permanente du fonds servant. Cette amélioration, maintenue pendant trente ans, constitue une jouissance ou possession qui peut servir de base à l'usucapion d'un état de choses plus avantageux que le titre constitutif de la servitude ne l'avait fait.

Le juge devra donc rechercher, en fait, si la modification apportée à l'exercice de la servitude est de telle nature, qu'elle doive faire supposer une modification dans le droit; il trouvera, dans une longue succession de faits, des éléments suffisants de conviction à cet égard.

Pour ajouter d'autres exemples à ceux que nous avons déjà posés, nous appliquerions l'article 708, si le propriétaire du fonds dominant a usé de son droit d'une manière restreinte, dans la persuasion erronée qu'il ne pourrait en user autrement, argument de la L. 20, ff., *Quibus mod. ususf. amitt.*

Dans le cas où une pareille erreur n'a pas existé, nous appliquerions encore l'article 708 lorsque le maître du fonds dominant aura été arrêté par des obstacles opposés par le propriétaire du fonds servant, chaque fois qu'il aura voulu exercer son droit dans toute son étendue. Il s'agit, par exemple, d'une servitude de passage libre en tout temps, de jour et de nuit, avec chariots, voitures, etc., etc. Je n'ai passé que le jour, ou bien seulement à pied, et le propriétaire du fonds servant prouve qu'à diverses reprises j'ai voulu passer pendant la nuit, ou avec

voitures, et que, sur son injonction, je me suis abstenu de ces actes, mon droit sera restreint.

Il ne sera pas même besoin de prouver que j'ai voulu user de mon droit, si mon abstention concorde avec un état de choses qui procure une plus grande somme de liberté au fonds servant, et suppose une charge moindre que la charge établie. Que cet état de choses soit la cause ou l'effet de mon abstention, peu importe; il constitue, pour le fonds servant, une possession de mes droits négligés [1], et cette possession est efficace. Supposons, dans l'exemple posé plus haut, que le propriétaire du fonds servant ait rétréci la voie de manière à n'y laisser qu'un sentier, qu'il ait converti la porte cochère en une porte étroite, ou bien encore que, là où il n'y avait pas de porte, il en ait établi une qu'il est d'usage de fermer tous les soirs, mon droit sera encore restreint. Mais si la voie est restée la même, et ouverte la nuit et le jour, mon droit entier sera conservé, quoique je n'en aie usé que d'une certaine manière, ou à certaines époques, d'après ma volonté.

Notre système embrasse également les servitudes continues et apparentes. Toutefois, on leur appliquera avec moins de réserve l'article 708, parce que la modification qu'elles éprouvent constitue presque toujours un état de choses permanent qui procure une certaine somme de liberté au fonds servant. J'ai stipulé le droit d'avoir six fenêtres d'aspect sur votre héritage, et pendant trente ans je n'en ai eu que quatre, ou bien les fenêtres ont eu une largeur moindre que le titre ne le portait; mon droit sera modifié. Nous adoptons sur ce point la doctrine de M. Duranton, t. V, n° 606.

Il faut se garder cependant de considérer comme un mode nouveau de légers changements apportés par le propriétaire du fonds dominant, pour régler, à son gré et dans son intérêt, l'exercice de la servitude. Si, par exemple, il a adapté à ses fenêtres des volets qu'il est dans l'habitude de fermer chaque jour

[1] Nous empruntons ces expressions de « *possession des droits négligés* » à un ancien commentateur des coutumes belges, Christinus, qui, en parlant de celui en faveur duquel court une prescription instinctive, dit que cet individu ***possidet jura neglecta adversarii.***

pour se garantir des rayons du soleil, le propriétaire du fonds servant ne pourra pas prétendre que ces volets doivent être maintenus et rester fermés chaque jour quand le soleil brille.

Si la servitude continue était de la catégorie de celles dont nous avons déjà parlé dans notre premier paragraphe, c'est-à-dire si elle ne s'exerçait qu'avec des intervalles, on pourrait, au premier abord, hésiter à admettre que la prescription ait pour effet d'en réduire le mode d'exercice.

J'ai, par exemple, une prise d'eau de telle dimension, et dont je puis user six heures par jour. Si, pendant trente ans, l'ouverture par laquelle l'eau coule dans mon héritage a eu une dimension moindre, on décidera sans difficulté avec M. Duranton, *loc. cit.*, que j'ai perdu le droit de la ramener à la dimension primitive. Mais qu'on suppose que, pendant trente ans, l'ouverture soit restée la même, et qu'au lieu de tenir ma vanne ouverte pendant six heures de la journée, je n'ai profité de l'eau que pendant trois heures, ou bien que ma possession a été réglée sur les besoins du propriétaire du bief; que je n'ai pris l'eau que quand son usine s'arrêtait, etc., etc. Mon adversaire prétendra que mon droit est restreint dans les limites de ma possession; mais je lui répliquerai que, d'après l'article 708, le mode de la servitude peut se prescrire *comme la servitude même et de la même manière;* qu'il s'agit ici d'une servitude continue; qu'il faut appliquer à son extinction partielle l'article 707, auquel l'article 708 se réfère; qu'il faut donc un acte contraire à la servitude, c'est-à-dire un changement dans l'état des lieux; que ce changement n'existant pas, la prescription n'a point couru.

Nous croyons néanmoins que, dans le cas posé, la prescription aura couru et produit ses effets. La servitude dont nous nous occupons, quoique continue, ne consiste pas uniquement dans une certaine disposition des lieux. Mon droit ne consiste pas à maintenir un canal de telle dimension, mais à recevoir l'eau qui s'écoule par ce canal. Or, pour que ce droit s'exerce, il faut que la vanne soit levée, et dès qu'elle est baissée, il y a un obstacle à ma jouissance. Cet obstacle, apposé à des époques fixes ou déterminées par des causes qui se reproduisent, peut être envisagé comme l'acte contraire exigé par l'article 707. Nous

avons décidé, dans notre premier paragraphe, que la servitude de prise d'eau, quoique périodique, pouvait s'établir et s'accroître par la prescription. Si on est d'accord avec nous sur ce point, il nous paraît difficile de nier qu'elle puisse, de la même manière, perdre de son étendue. Enfin si l'on suppose que, pendant trente ans, la vanne est restée fermée sans que j'aie joui de mon droit une seule fois, dira-t-on que le droit est resté intact parce que l'état des lieux n'est pas changé? Quant à nous, nous ne saurions souscrire à une pareille solution; nous croyons que le droit sera éteint, de même que dans le cas actuel il sera réduit. *V.* L. 19, *pr.*, ff., *Quemad. serv. amitt.*

Il faut se garder de confondre la servitude de prise d'eau, qui s'exerce au moyen d'un canal et d'une écluse, avec les autres servitudes continues, qui consistent uniquement dans une certaine disposition des lieux, et qui sont censées s'exercer d'elles-mêmes, aussi longtemps que cette disposition existe. La servitude de vue, par exemple, et même la servitude de prospect, ne seront ni modifiées, ni éteintes, si pendant trente ans je ne me suis placé à ma fenêtre qu'à certains intervalles, ou si je ne m'y suis pas placé une seule fois, parce que ces servitudes ne consistent pas dans le droit de regarder par la fenêtre, mais dans le droit de maintenir la fenêtre et d'empêcher le voisin d'élever des obstacles, soit à la lumière, soit à la perspective. La servitude de prise d'eau, au contraire, ne consiste pas à avoir un canal et une écluse, mais à avoir l'eau s'écoulant dans notre héritage. Une dernière considération, qui n'est pas sans importance, c'est que quand la prise d'eau ne s'exerce plus, le propriétaire du bief ou de l'étang (fonds servant) profite de l'eau. Il y a donc possession chez lui, privation chez son adversaire, et l'on trouve ainsi réunis les éléments ordinaires de toute prescription.

Nous avons encore à examiner si une servitude qui grève un fonds, sans indication de l'endroit où elle s'exercera, peut être limitée par la prescription, à un endroit déterminé de ce fonds. Vous avez stipulé le droit de passage par la prairie de Paul, et pendant trente ans vous avez passé par l'endroit A faisant partie de la prairie; *quid*?

Nous considérons comme certain que l'assignation, dans ce

cas, résultera de la prescription, et que, si vous voulez passer par un autre endroit que l'endroit A, vous serez repoussé. Vous subirez donc une limitation que le titre n'a pas faite, mais cette limitation, suivant nous, affectera plutôt l'exercice du droit que le droit lui-même. En passant par l'endroit A, vous avez usé de votre droit de passer par la prairie, ce droit est donc conservé. La prescription aura ici le même effet qu'une convention, ou un jugement, réglant l'exercice de la servitude, et portant que le droit de passage, grevant la prairie, s'exercera par l'endroit A.

Une conséquence pratique de notre système sera que si le passage par l'endroit A devenait impossible, par exemple, parce que cette partie longeant le fleuve, serait emportée par les eaux, vous pourrez demander une nouvelle assignation sur une autre partie du fonds servant.

Si cependant le fonds était divisé en telle sorte que la partie dans laquelle est situé l'endroit A se trouvât entre les mains d'un propriétaire et la partie opposée entre les mains d'un autre, cette dernière partie serait libérée de la servitude par votre jouissance exclusive du passage sur la première partie, pendant trente ans depuis la division. Nous ne croyons pas en effet que l'usage d'une servitude sur l'héritage de Paul puisse conserver le droit sur l'héritage de Pierre, et sur ce point nous ne pouvons admettre aujourd'hui la décision de la loi 18, ff., *De serv. præd. rust.*

Dans l'espèce que nous avons posée, l'assignation résultant de la prescription existera aussi bien en votre faveur qu'en faveur du propriétaire du fonds servant. Ce serait en vain qu'on objecterait qu'il s'agit ici d'une servitude discontinue qui ne peut s'établir ni s'étendre par la prescription; car vous répondriez avec raison que vous invoquez la prescription, non à l'effet d'établir ou d'augmenter votre droit, mais à l'effet d'en faire résulter une assignation sur l'endroit A, qui est grevé de la servitude, de même que les autres parties du fonds en vertu du titre lui-même. Vous pourriez encore argumenter avec avantage de ce qui a lieu à l'égard du passage en cas d'enclave. D'après l'article 685 analysé, si pour arriver à votre enclave vous avez passé pendant trente ans exclusivement par le fonds A, non-seulement vous aurez prescrit

l'indemnité due au propriétaire, mais vous aurez en même temps usucapé l'assignation du fonds sur lequel le passage sera exercé; en telle sorte que le propriétaire du fonds A ne pourra plus prétendre que vous devez passer par le fonds B appartenant à un autre voisin, en supposant même que le trajet par ce dernier fonds soit plus court pour arriver à la voie publique (art. 683, C. civ.). De même, dans notre espèce vous continuerez à passer par l'endroit A, sans que le propriétaire de la prairie puisse demander que l'assignation, sur laquelle le titre est muet, soit faite par le juge.

Néanmoins, comme il s'agit toujours d'une servitude grevant non pas l'endroit A isolément, mais grevant tout le fonds avec assignation de l'endroit A; le propriétaire du fonds servant aura, le cas échéant, la ressource que lui offre l'article 701, 3e alinéa, et pourra demander, dans le cas prévu par cet article, une nouvelle assignation; comme il aurait cette faculté, même quand l'assignation résulterait d'une convention ou d'un jugement.

§ III.

Dans nos deux paragraphes précédents nous avons traité de l'extension et de la diminution des servitudes par la prescription. Nous avons toujours raisonné dans l'hypothèse que le droit établi par le titre avait été exercé, tantôt avec plus, tantôt avec moins d'étendue que le titre ne le comportait. Nous avons à nous occuper maintenant du changement d'assignation, et pour cela nous devons nécessairement supposer qu'une assignation existe, soit qu'elle ait été faite par le titre ou par une convention ultérieure, soit qu'elle résulte de la chose jugée ou de la prescription.

Cette assignation peut s'appliquer à diverses choses, mais ordinairement elle portera sur le temps ou le lieu. Dans les exemples que le droit romain et la doctrine moderne nous posent, nous trouvons toujours, en effet, des assignations de temps ou de lieu, et nous nous placerons aussi dans ces hypothèses.

Pour résoudre la question de savoir si la prescription peut changer l'assignation établie, la doctrine fait une distinction entre les servitudes qui ne sont pas susceptibles d'être établies par

prescription, et celles qui peuvent s'acquérir de cette manière.

Nous ne nous occuperons pour le moment que des premières. En ce qui les concerne, on décide que le droit, avec son assignation primitive, est éteint par la prescription, lorsqu'on l'a exercé avec une autre assignation, et que, d'un autre côté, l'assignation nouvelle n'est pas acquise, de sorte que la servitude n'existe plus.

Vous avez stipulé le droit de passer par l'endroit A de mon fonds pour arriver au vôtre, et pendant trente ans vous avez passé par l'endroit B; vous n'avez plus aucun droit. *V.* Pardessus, n° 304; Toullier, t. III, n° 702, et Duranton, t. II, n° 607.

Vous avez stipulé le droit de venir puiser l'eau chez moi de six heures du matin à six heures du soir, et pendant trente ans, vous êtes venu puiser l'eau à d'autres heures; votre droit est éteint. *V.* les mêmes auteurs.

Lalaure, liv. I, chap. 12, rapporte une espèce assez singulière décidée dans ce sens par une sentence du bailliage d'Orléans, dont il ne peut préciser la date. Par un acte de partage d'une maison commune entre deux frères, le copartageant, au lot duquel échut la partie où se trouvait un puits, reconnut à l'autre le droit de venir y puiser l'eau entre les deux soleils. Quelque temps après le propriétaire du fonds dominant vendit ce fonds à un vidangeur, qui, ayant plus besoin d'eau la nuit que le jour, demanda au propriétaire du fonds asservi de pouvoir venir puiser l'eau de neuf à dix heures du soir, ce qui lui fut octroyé verbalement et sans qu'on en dressât acte. La jouissance eut lieu sur ce pied pendant trente-trois ans, et le propriétaire du fonds servant soutint alors que la servitude de puisage de jour était éteinte par prescription sans que la servitude de puisage de nuit fut acquise, attendu que la coutume d'Orléans n'admettait aucune servitude sans titre. Ce système fut consacré par la sentence que Lalaure rapporte.

Ces diverses solutions peuvent, jusqu'à un certain point, trouver un appui dans les lois romaines, qui déclarent le droit éteint lorsqu'on n'en a pas usé suivant l'assignation faite au titre, ainsi que dans les dispositions du Code civil qui repoussent l'acquisition des servitudes discontinues par la prescription.

Aussi les auteurs cités invoquent-ils la L. 10, § 1, la L. 18, *pr.*, ff., *Quemadm. serv. amitt.*, la L. 2, ff., *De aquâ quot. et æst.*, ainsi que les articles 690 et 691 du Code civil.

La doctrine que nous venons d'exposer serait inattaquable si, par cela seul qu'une servitude a été exercée avec une nouvelle assignation quant au temps ou au lieu, on devait nécessairement l'envisager comme formant un droit nouveau et autre que le droit primitif.

Mais précisément ce point ne nous semble pas démontré, et c'est pour cela que nous considérons l'opinion des auteurs comme trop absolue. Nous croyons qu'ici encore on isole trop la possession du titre qui lui sert de base.

Avant d'appliquer les principes relatifs à l'acquisition et à l'extinction des servitudes par la prescription, le juge doit rechercher, en fait, si l'assignation a été un des éléments constitutifs de la servitude, si, cette assimilation disparaissant ou étant changée, la servitude éprouve une telle altération qu'on doive la considérer comme une autre servitude, c'est-à-dire un autre être moral.

Si ce point est résolu affirmativement, nul doute qu'on ne doive appliquer la doctrine exposée ci-dessus; mais s'il est résolu négativement, on doit la repousser.

La stipulation d'une assignation *de temps*, surtout, sera presque toujours un pacte accessoire, n'affectant pas le droit lui-même, mais en réglant l'exercice. Pour rendre la chose saillante, il faut supposer la stipulation faite par un acte séparé.

Par exemple, un premier acte vous autorise à venir puiser l'eau à mon puits pendant six heures de la journée, et, par un deuxième acte, nous convenons que ces six heures seront de six heures du matin à midi.

Si nous supposons cette deuxième convention *nulle*, il est bien évident que le droit, tel qu'il a été établi par la première, continuera de subsister, c'est-à-dire, que vous aurez le droit de puiser l'eau pendant six heures chaque jour, et qu'il restera seulement à régler entre nous si votre droit s'exercera la matin ou le soir.

Supposons maintenant la deuxième convention valable, mais

restant sans exécution. Pendant trente ans vous avez puisé l'eau, non de six heures du matin à midi, mais de midi à six heures du soir. Pourrai-je prétendre que tout droit est perdu pour vous? Vous me répliquerez avec raison que, si la deuxième convention, concernant l'assignation, a perdu sa force par la prescription, le droit résultant de la première est conservé par votre jouissance; que la deuxième convention n'a pas éteint le droit créé par la première pour lui substituer un droit nouveau; qu'elle ne l'a pas même limité, qu'elle n'a fait qu'en régler l'exercice; qu'en un mot l'assignation n'a été que démonstrative et non limitative, et que par conséquent, si cette assignation est perdue, le droit n'en subsiste pas moins avec la faculté d'exiger une assignation d'heures pour son exercice.

Ce que nous venons de supposer stipulé par deux actes différents, nous pouvons également le supposer stipulé dans un seul acte. Nous convenons que vous aurez le droit de puiser l'eau six heures par jour, et, par une autre clause du même contrat, nous disons que ces six heures seront de six heures du matin à midi. Il y a ici dans le même acte deux conventions distinctes : 1° celle par laquelle je vous concède le puisage limité à six heures par jour; 2° celle par laquelle nous désignons démonstrativement le temps de six heures du matin à midi. La solution, dans ce cas, nous semble devoir être la même que dans l'hypothèse précédente.

Enfin, au lieu d'employer la périphrase dont nous venons de nous servir, on peut supposer que nous ayons dit, en termes plus simples, que vous auriez le droit de puisage pendant six heures par jour, de six heures du matin à midi, ou bien, plus laconiquement encore, que vous auriez le puisage chaque jour de six heures du matin à midi.

Il nous paraît évident que la dernière de ces conventions (qui est celle de la loi 10, § 1, ff., *Quemadm. serv. amitt.*, invoquée par les auteurs) peut s'interpréter comme celles que nous avons d'abord données pour exemples, et qu'on peut, en l'analysant, y trouver les deux conventions dont nous avons parlé. Si cette interprétation est possible, nous ne voyons pas pourquoi le juge du fait ne serait pas autorisé à l'admettre et à porter la décision que nous venons d'indiquer; d'autant plus que l'on ne contestera

pas que cette décision ne soit conforme à l'équité dont notre droit se montre toujours l'ami.

En outre, la possession que vous avez eue dans l'espèce posée, et qu'on rejette pour ne s'attacher qu'à celle que vous n'avez pas eue, cette possession, disons-nous, doit ici avoir son influence. Si elle ne peut plus servir à vous faire acquérir un droit nouveau ou une extension de droit, parce qu'il s'agit d'une servitude discontinue, elle peut au moins être prise en considération lorsqu'il s'agit d'interpréter l'acte constitutif. Quand une servitude, même discontinue, par exemple de passage, est susceptible de plus ou moins d'étendue, il est bien certain que le juge, pour la régler, peut s'attacher à la possession, parce que la possession indique l'interprétation que les parties elles-mêmes ont donnée au titre (*V.* Toullier, t. III, n° 658). On peut donc, dans le cas posé, invoquer la possession pour interpréter l'acte, et dire que cette possession démontre que, dans l'intention des parties, l'assignation de six heures du matin à midi n'a été que démonstrative; que les parties n'y ont attaché qu'un intérêt secondaire et indépendant de celui qu'elles attachaient à la convention principale, puisque, par le fait de l'une et la tolérance de l'autre, a eu lieu une possession du droit établi par le titre, et avec une assignation de temps différente.

Lorsque nous qualifions l'assignation de *démonstrative*, nous n'entendons nullement la déclarer non obligatoire; nous pensons au contraire qu'elle doit être suivie aussi longtemps qu'elle existe; mais, d'un autre côté, si elle cesse d'avoir effet, le droit pour cela n'est pas perdu; de même que, quand un testateur a fait un legs avec un assignat démonstratif, le legs n'en est pas moins valable quoique l'objet de l'assignat n'existe pas.

Remarquons que, dans notre espèce, c'est moi, propriétaire du fonds servant, qui soutiens que l'assignation est éteinte par le non-usage, et que vous n'en avez pas acquis une nouvelle. Vous êtes donc fondé à dire qu'ayant eu une possession en vertu du titre, vous avez conservé le droit établi, et que, l'assignation primitive étant perdue sans qu'une autre soit acquise, il y a lieu de statuer comme dans l'absence d'assignation, c'est-à-dire d'en faire une.

Au surplus, comme il s'agit d'une servitude discontinue, vous ne pourrez prétendre avoir acquis l'assignation possédée; et si, considérant cette assignation comme plus onéreuse pour mon fonds, je veux vous faire revenir à l'assignation primitive, j'en aurai le droit, car rien ne m'oblige à invoquer la prescription extinctive de cette partie du contrat; et, de votre côté, vous ne pouvez l'invoquer à l'effet de demander une nouvelle assignation, car, par cette demande, vous soutiendriez que la servitude discontinue s'est étendue à votre profit.

Enfin, si je considère la nouvelle assignation comme plus favorable à mon fonds, je pourrai la maintenir, puisque la prescription a pu restreindre votre droit, et *à fortiori* en modifier l'exercice d'une manière qui me soit avantageuse.

J'aurai donc l'option entre les trois partis suivants : ou bien vous faire revenir à l'assignation primitive, ou bien maintenir l'assignation possédée, ou bien enfin en provoquer une en dehors de celles-ci.

De votre côté, comme vous ne devez pas rester dans l'incertitude sur le temps dans lequel vous exercerez votre droit, vous pourrez prendre l'initiative et provoquer une option de ma part. Pour cela vous n'aurez qu'à intenter contre moi une action confessoire, à l'effet de me faire reconnaître votre droit, avec l'assignation portée au titre. Je devrai alors, ou invoquer la prescription quant à l'assignation primitive, soit en demandant le maintien de l'assignation possédée, soit en en provoquant une nouvelle, ou bien renoncer à la prescription et accéder à votre demande.

Ce que nous avons dit de l'assignation de *temps* pourra s'appliquer souvent à l'assignation de *lieu*.

Je vous ai autorisé à traverser ma cour en passant par la porte A, et pendant trente ans vous avez traversé ma cour en passant par la porte B. On devrait voir dans cette assignation de la porte A une simple démonstration n'affectant pas l'essence du droit.

De même encore, pour emprunter un exemple à la doctrine, j'ai deux puits dans ma cour; je vous ai concédé le puisage à l'un d'eux, et pendant trente ans vous avez puisé à l'autre. Il y

aurait là, à moins de circonstances particulières, une simple assignation démonstrative.

Ou bien, enfin, je vous ai concédé le droit de puiser à mon puits, qui est dans le coin de mon jardin. Plus tard je comble ce puits, et, au milieu de mon jardin, j'en creuse un nouveau auquel vous venez puiser pendant trente ans. Votre droit ne sera pas perdu, car l'assignation de l'endroit où se trouvait le puits n'aura été qu'indicative et non limitative. A la rigueur, vous n'aurez pas acquis le droit de venir puiser l'eau au milieu du jardin; mais je ne pourrai vous contester ce droit qu'en revenant à l'assignation primitive, c'est-à-dire en refaisant le puits là où il se trouvait d'abord, ou dans un endroit voisin.

Nous reconnaissons, au surplus, que la question de fait à décider par le juge sera beaucoup plus délicate dans le cas d'assignation de *lieu* que dans le cas d'assignation de *temps*. Aussi devra-t-on appliquer souvent à l'assignation de lieu la doctrine des auteurs cités plus haut, tandis qu'on ne pourra guère l'appliquer à l'assignation de temps. Le lecteur voudra bien se rappeler que nous n'avons pas annoncé l'intention de renverser cette doctrine, mais seulement d'y apporter des tempéraments, parce que nous la considérions comme trop absolue.

Notre tempérament ici consiste à dire que l'assignation même de *lieu* n'est pas toujours un des éléments constitutifs de la servitude; que le droit peut se concevoir et subsister sans assignation, et que l'assignation peut se perdre ou se modifier sans que pour cela la servitude cesse d'être la même, non-seulement quant à l'*espèce*, mais encore quant à l'*être moral*, pour nous servir des expressions de M. Duranton, t. V, n° 607.

Qu'une servitude se conçoive et puisse subsister sans assignation de lieu, c'est ce que l'on contesterait vainement. Je vous ai concédé le passage à travers mon héritage : ce droit existe, quoique nous n'ayons pas indiqué l'endroit par lequel vous passerez; ce droit pourra même être exercé sans assignation, et, pendant plusieurs années, vous pourrez avoir passé tantôt par un endroit, tantôt par un autre, toujours en vertu de votre titre. Ce ne sera qu'en cas de contestation que le juge sera appelé à faire une assignation par un règlement dans lequel il conciliera le plus grand

avantage du fonds dominant avec la moindre incommodité pour le fonds servant; mais il n'en restera pas moins vrai qu'avant ce règlement, votre droit aura existé et aura été exercé sans assignation de lieu.

L'autre partie de notre proposition, savoir que l'assignation de lieu peut être changée sans que le droit cesse d'être le même, trouve un appui dans l'article 701 du Code civil. Dans cet article, le législateur suppose une assignation de lieu faite dans le titre, et, par une faveur spéciale, il permet au propriétaire du fonds servant de demander une assignation nouvelle. S'il autorise ainsi une dérogation à la loi du contrat, c'est évidemment parce qu'il envisage cette dérogation comme portant sur un point accessoire et comme n'altérant pas le droit lui-même. Il part de l'idée que le propriétaire du fonds dominant conserve la même servitude lorsqu'il jouit du même droit, procurant la même utilité à son héritage, quoique le lieu de l'exercice sur l'héritage servant soit changé.

Afin de compléter notre démonstration, nous poserons une espèce que nous devons emprunter aux servitudes continues et apparentes, quoique nous ne nous occupions pour le moment que des servitudes discontinues. Supposons que, pendant trente ans, vous ayez joui d'une prise d'eau dans mon étang, au moyen des ouvrages apparents dont parle l'article 642 du Code civil, mais que dans cet espace de temps le canal creusé dans mon fonds, et destiné à faciliter la chute de l'eau dans le vôtre, ait été déplacé de quelques mètres, soit pour ma commodité, soit pour la vôtre, sans qu'il y ait eu une interruption d'une année dans votre jouissance (art. 2243 C. civ.); aurez-vous prescrit acquisitivement la servitude de prise d'eau? L'affirmative, à notre avis, est certaine, et cette solution prouve que le droit est resté le même, nonobstant le changement du lieu d'exercice, puisque, pour prescrire acquisitivement une servitude, il faut posséder cette servitude pendant le temps requis pour l'usucapion. Seulement, dans le cas posé, je pourrai prétendre que vous avez simplement prescrit la prise et la conduite d'eau, et qu'un règlement est nécessaire pour fixer le lieu où le droit s'exercera.

Nous considérons donc comme certain que le lieu d'exercice peut être changé sans que la servitude cesse d'être la même. M. Pardessus, n° 304, enseigne qu'en pareil cas on a fait *autre chose* que ce qui est établi par le titre, et que par conséquent la servitude qu'on avait est éteinte par le non-usage. Nous disons, nous, qu'il est possible qu'on ait fait *autre chose*, et que, dans ce cas, la doctrine de M. Pardessus sera suivie, mais qu'il est possible aussi qu'on ait fait la même chose *autrement*, et que, si ce point de fait est résolu affirmativement, la servitude sera conservée.

Le juge, au surplus, aura besoin de toute sa sagacité pour reconnaître si la servitude, avec l'assignation possédée, est le même être moral que la servitude avec l'assignation faite dans le titre. Il prendra en considération la distance entre le lieu assigné et le lieu où le droit s'est exercé; il recherchera si ces lieux constituent des fonds distincts ou des parties distinctes du même fonds. Si cette distance est importante, si l'endroit assigné dans le titre est un fonds distinct de celui sur lequel l'exercice a eu lieu, il appliquera la doctrine exposée plus haut; si au contraire la distance est minime, si les deux endroits sont dans le même fonds, ou, mieux encore, dans la même subdivision du fonds, si enfin l'utilité est la même, il admettra notre tempérament.

Nous avouons que notre système prête un peu à l'arbitraire; mais cette considération ne nous arrête pas, car la prétention du propriétaire du fonds servant étant basée sur des faits, il faut bien que le juge en apprécie l'importance, et il est impossible de lui donner à cet égard une règle fixe pour toutes les hypothèses, qui peuvent varier à l'infini.

Il est un cas cependant dans lequel il sera difficile de maintenir la servitude : ce sera lorsque le fonds servant sera divisé entre plusieurs propriétaires, en telle sorte que le lieu assigné par le titre se trouve dans un lot, et le lieu de l'exercice de fait dans un autre, sans que, par l'acte de vente ou de partage, la servitude ait été mise à charge de celui-ci. Après la division, en effet, l'exercice sur un des nouveaux fonds ne pourra plus être envisagé comme ayant eu lieu en vertu du titre qui assigne le fonds voisin.

Il nous reste à parler des servitudes continues et apparentes.

Si le fonds servant n'a pas été possédé par un mineur ou un interdit, il ne se présentera guère de difficulté, et l'on appliquera la doctrine des auteurs que nous avons cités. Elle consiste à dire que l'assignation primitive est perdue et que l'assignation nouvelle est acquise.

En effet, que l'on considère l'assignation comme limitative ou comme démonstrative, peu importe : le propriétaire du fonds servant aura acquis le droit de maintenir l'assignation possédée. La prescription aura le même effet qu'une convention qui changerait l'assignation primitive en une assignation nouvelle.

Si le fonds servant a été possédé par un mineur, on enseigne que le droit est éteint avec l'assignation primitive, et que l'assignation nouvelle n'est pas acquise; de sorte que tout est perdu. Pardessus, nº 304; Duranton, t. V, nº 609.

Nous considérons encore cette opinion comme trop absolue pour les mêmes motifs que nous avons fait valoir en parlant des servitudes discontinues.

Ainsi nous ne la suivrions pas s'il s'agissait d'une assignation de *temps*. Au premier abord il semblerait qu'une pareille assignation n'a jamais lieu quant aux servitudes continues; mais on se rappellera que nous avons rangé parmi ces servitudes les prises d'eau avec vannes ou écluses ne devant s'ouvrir qu'à certaines heures ou à certains jours. S'il était question d'une pareille servitude, et que les heures ou les jours eussent été intervertis alors que le fonds servant était possédé par un mineur, on pourrait se reporter à ce que nous avons dit du changement d'assignation de *temps* dans les servitudes discontinues.

Si c'est une assignation de *lieu* qui a été changée de fait, on suivra la doctrine des auteurs cités *suprà*, à moins que le juge, à raison du peu d'importance du déplacement, ne décide, en fait, que la servitude dont on a joui est la même que celle qui était établie; auquel cas le propriétaire du fonds servant, contre lequel la prescription n'a pas couru, pourra seulement exiger qu'on remette les lieux dans leur ancien état.

En terminant faisons remarquer que la question peut se présenter quand même aucune assignation n'aurait été faite conventionnellement. Par exemple, vous avez sur mon fonds une ser-

vitude de vue que vous avez acquise par prescription, parce que pendant trente ans vous avez eu une fenêtre ouvrante qui éclaire votre bâtiment. En reconstruisant votre bâtiment vous placez cette fenêtre quelques pieds plus à droite ou à gauche, et trente ans s'écoulent encore. Si mon fonds, pendant une partie de ce temps, a été possédé par mon héritier mineur, le juge pourra décider en fait que la servitude exercée au moyen de la nouvelle fenêtre n'est que la servitude primitive, et ne vous condamnera qu'à remettre la fenêtre à son ancienne place si mon héritier l'exige.

V. DUPRET.

Étude historique et critique sur la transmission de la propriété par actes entre-vifs. — Transcription sous le Code civil et sous le Code de procédure.

Par M. HUREAUX, juge au tribunal civil de Charleville.

Suite. — *V.* plus haut, p. 678, 765.

A. Titre des donations (Code civil, art. 938, 939, 941).

51. La propriété se transmet et s'acquiert par donation (art. 711). Qu'est-ce à dire? La donation acceptée légalement transportera-t-elle le domaine exclusif? Oui, s'il est vrai que la convention seule suffit pour cet objet; mais non, si la convention ne fait dans l'esprit de la loi acquérir au donataire qu'un droit relatif qui exige un événement postérieur pour se transformer en un droit absolu.

Examinons les textes.

52. La loi commence par parler de dessaisissement actuel et irrévocable (art. 894). On est tenté de croire que le donataire va se trouver investi du domaine par le seul effet de la donation. Mais ce serait une erreur; cette phraséologie se rapporte uniquement à l'ancienne règle du droit coutumier : *donner et retenir ne*

vaut, règle qui, soit dit en passant, n'avait plus de motif particulier dans le système du Code civil sur le disponible. L'article 894 n'a donc pas trait à notre question : la donation, pas plus que la vente et les autres contrats, ne transporte la propriété au regard des tiers. C'est ce que la loi, fidèle au système de la tradition et de la transcription, se hâte bien vite de nous apprendre.

En effet, suivant l'article 938, le donataire devient propriétaire par la perfection de la donation et sans qu'il soit besoin de tradition; mais à l'égard de qui? Nous allons le voir.

53. L'article 939 exige la transcription des donations de biens susceptibles d'hypothèques. Or à quoi bon cette transcription, si elle n'a pas pour objet de transférer le domaine au regard du public? Est-ce une formalité inutile imposée aux parties alors que tout est consommé? Mais alors pourquoi s'exprimer d'une manière impérative? Évidemment cette transcription a un but, et quel peut être l'effet de cette formalité, si ce n'est celui qu'elle produit dans la législation existante au moment de la rédaction de l'article 939? N'est-il pas évident que lorsque la donation est parfaite entre les parties, si la loi exige autre chose que cette perfection, c'est que cette autre chose est dans l'intérêt des tiers? Ce n'est pas tout : la transcription de la donation n'a pas été faite; quelle sera la conséquence de ce défaut d'observation des prescriptions de la loi? Si le domaine absolu a été transféré par la donation acceptée, s'il y a eu dessaisissement irrévocable de la part du donateur, et investiture au profit du donataire aux yeux de la société tout entière, il est clair que le défaut de transcription n'intéressera en rien la constitution du *jus in re* sur la tête du nouveau propriétaire, et qu'il n'aura pas à redouter une nouvelle transmission totale ou fractionnaire émanée du donateur qui a fait de sa propriété un usage qu'il ne pourra plus renouveler. Voyons la loi : elle décide (art. 941) que toutes personnes ayant intérêt, à l'exception de celles qui sont chargées d'accomplir la formalité, peuvent opposer le défaut de transcription!... Qu'est-ce que cela veut dire, si ce n'est que l'article 941 règle le sort de la donation à l'égard des tiers, dans le cas de deux donations ou ventes successives émanées du même propriétaire, comme aussi par voie de conséquence dans le cas de restrictions

ou modifications (usufruit, servitudes, hypothèques) apportées à la propriété par les constitutions légales de démembrements du domaine antérieures à la transcription, le tout, sauf par les parties à se régler entre elles sur les conséquences du droit relatif que l'avenir ne peut plus rendre absolu et qui se trouve désormais transformé en une action en dommages-intérêts contre telle personne déterminée? Eh bien! s'il en est ainsi, n'est-il pas démontré mathématiquement que l'article 938 n'a entendu parler que d'une *obligatio*, d'un lien entre deux parties, et non pas de la transmission du domaine absolu? Et pourtant l'article 938 ne s'exprime pas autrement que l'article 1138!... A ne voir que son texte, on est tenté de croire qu'il parle d'une propriété exclusive tandis qu'il parle d'une propriété relative!...

54. Cela est bien évident : la jurisprudence ne le conteste plus. Aussi tous les efforts de M. Toullier, qui a voulu mettre le Titre des donations d'accord avec sa théorie vicieuse [1] sur la transmission immobilière par le seul fait de la convention, n'ont abouti qu'à nous fournir un argument qui en vaut bien un autre : c'est que son excellent esprit a parfaitement compris que, dès qu'on admettait la transcription comme nécessaire à la constitution du *jus in re* dans les donations, la question était par cela même décidée en notre faveur; car il n'y a évidemment aucune raison pour ne pas l'admettre dans les autres contrats dont le but est le même, c'est-à-dire qui, comme la donation, ont pour objet la transmission du domaine. Ajoutez les articles 1069, 1070, 1071, 1072, 1073 et 1074, qui établissent des principes analogues en matière de substitution.

55. Ainsi donc la loi du 11 brumaire an VII est conservée en pleine vigueur au Titre des donations. C'est au surplus ce qui résulte de l'exposé des motifs par M. Bigot-Préameneu, qui s'exprime ainsi : « Toute la législation sur les insinuations est de-
» venue inutile depuis que, par la loi du 11 brumaire an VII,
» toutes les aliénations d'immeubles doivent être rendues pu-

[1] Voir le n° 202 du tome VI. Il détruit lui-même tout son système lorsqu'il dit dans la note du n° 204, *in fine*, qu'en fait de meubles la propriété n'est transférée par la convention qu'entre les parties. Quelle apparence y a-t il que l'article 1583 ne s'applique qu'aux meubles?

» bliques par la transcription sur des registres ouverts à qui- » conque veut les consulter. »

Et à la séance du 12 ventôse an XI : « La majorité, dit-il, » avait trouvé que la publicité était assurée par ce moyen (la » transcription), puisque la loi établit une formalité qui doit être » nécessairement remplie pour que la donation *ait ses effets.* » C'est-à-dire pour qu'elle transporte le domaine à l'égard du public.

Il est donc évident que loin d'avoir voulu opérer un remaniement périlleux, alors que la législation en vigueur satisfaisait complétement la raison, on a consacré ce qui existait.

B. Titre des priviléges et hypothèques (Code civil, art. 2106, 2108, 2113, 2166, 2177, 2180, 2181, 2182, 2183, 2189, 2199, 2200).

56. Dans les discussions générales du Titre des priviléges et hypothèques, le conseil d'État adopte la publicité pour base fondamentale du régime hypothécaire. La transcription est la condition d'existence d'une publicité utile. Personne n'élève la voix contre le principe qui sert de base à la propriété immobilière suivant la loi existante (art. 91 du projet). Donc la transcription translative est conservée.

Suivons maintenant cette idée et voyons son application, d'abord dans la Section des priviléges sur les immeubles, et ensuite dans tout le Titre des hypothèques.

57. Avec la transcription considérée comme moyen d'acquérir le domaine au regard des tiers, la théorie des priviléges sur les immeubles se déroule avec une logique parfaite. Elle réalise de la manière la plus complète et la plus ingénieuse le but que voulaient atteindre les auteurs du Code civil; le privilége de l'aliénateur n'a pas d'effet rétroactif. Il ne domine que l'avenir, comme cela doit être dans un régime hypothécaire public. En un mot, il est manifeste que toute la Section des priviléges (art. 2106, 2108, 2113) a été rédigée sous l'influence de la transcription consacrée par l'article 91 du projet. Il est impossible qu'il en ait été autrement puisque le projet était conçu dans ce système.

Retranchez maintenant la transcription, les articles 2106 et 2108 sont des énigmes indéchiffrables. La publicité du principal privilége périt; car s'il n'est pas révélé à la société par l'acte même de mutation à l'égard des tiers, et si cependant le créancier doit le révéler plus tard afin de le rendre utile, il faut nécessairement lui donner un effet rétroactif et consacrer une véritable absurdité en organisant une publicité, c'est-à-dire un avertissement qui avertit... quoi... le passé!... C'est dire : voilà une institution publique... Eh bien! elle suppose connu ce qu'elle a pour objet de faire connaître!... Cela est incroyable, et pourtant cela nous régit depuis quarante ans!...

Tandis que l'article 2108 est l'application nécessaire et logique du principe fondamental qui a dirigé la loi dans toutes ces matières, le privilége de l'aliénateur frappe le public au moment même où il prend naissance. Il se révèle par la transcription, qui est la mutation elle-même au regard des tiers. Il n'y a pas de délai à fixer pour l'apparition de la transcription, parce que jusqu'à l'accomplissement de la formalité la propriété réside encore sur la tête du vendeur. En sorte que la propriété, remplacée par le privilége publié, forme aux yeux de tous une chaîne sans interruption qui lie tout le monde, avertit tout le monde, conserve les droits de tout le monde. Pas de surprises possibles, publicité éclatante, tout se trouve réuni dans ce simple fait : la transcription transporte la propriété au regard des tiers et publie les restrictions de l'aliénateur. Voilà la pensée intime des hommes radicaux de l'an VII, pensée qu'en 1804 on n'avait garde d'abandonner, car le système est admirablement conçu, et je doute, pour mon propre compte, qu'on puisse découvrir quelque chose de mieux [1]. Est-ce que la loi qui organisait un système de publi-

[1] J'entends dire qu'il faut fixer des délais pour que les priviléges se produisent. Non; c'est une erreur, comme l'a très-bien fait voir M. Valette dans son beau travail, publié dans cette *Revue* (années 1840 et 1841), sur l'inscription des priviléges immobiliers, où il a le premier mis au grand jour et assis sur des bases inébranlables les principes de cette matière difficile. La théorie qui satisfera le plus la raison, le beau idéal d'un système de publicité consistera toujours, ainsi que l'a dit M. Valette, dans cette idée, que plus les priviléges se révéleront vite et plus la publicité sera utile. Les auteurs du Code, en révélant le privilége du vendeur par l'instrument même de la transmission au regard des tiers, c'est-à-dire au moment même de sa naissance, ont atteint le dernier degré de perfection. Ils auraient fixé des délais pour la production du privilége de l'aliénateur, dans les

cité, n'aurait pas fixé un délai pour opérer la transcription, si cette transcription n'avait pas consommé l'aliénation elle-même?...

58. Ces raisons, qui tranchent tout, auraient pourtant dû suffire pour que la jurisprudence se cramponnât à la transcription, puisqu'elle conservait l'article 2108. Mais malheureusement le système des priviléges sur les immeubles n'a pas été compris; nos meilleurs interprètes ont écrit des volumes sur ces matières pour chercher le mot de l'énigme. On s'est imaginé que le Code civil avait innové, et au lieu de n'admettre que des modifications bien constatées, on s'est jeté dans un système bizarre, menant de front la publicité des priviléges et la clandestinité de la vente. Dès lors l'article 2108 est devenu un non-sens législatif, comme tant d'autres dispositions que nous verrons bientôt; le tout parce que l'article 1138 a dit que la convention rendait le créancier propriétaire, sans ajouter : *à l'égard du débiteur*, ainsi que l'exigeait le fond de la pensée de ses rédacteurs, et que l'interprétation, s'armant de ce silence, a vu une propriété absolue là où il n'y avait qu'une propriété relative!...

59. Si de la Section des priviléges sur les immeubles nous passons au Chapitre des hypothèques, nous voyons le système de la transcription translative s'y développer dans neuf articles qui n'ont aucun sens raisonnable sans elle.

Ainsi l'article 2181 prescrit la transcription des contrats translatifs de la propriété immobilière susceptible d'hypothèques. A quoi bon cette transcription si elle n'a pas pour objet de jouer le rôle qu'elle joue dans la loi existante au moment de la rédaction de l'article?

« C'est un préliminaire de la purge, a-t-on dit; voilà tout. » Qu'est-ce que cela signifie?

articles 2106 et 2108, que leur système ne vaudrait pas ce qu'il vaut, parce que si courts que fussent les délais, il faudrait toujours donner au privilége un effet rétroactif, ce qu'il faut éviter autant que possible. S'ils ont accordé des délais aux copartageants (art. 2109) et aux créanciers du défunt (art. 2111), c'est qu'ils n'ont pu faire autrement, dès qu'ils ne voulaient pas la transcription des partages, et qu'il est impossible de connaître les créanciers de la succession autrement que par un appel à eux signifié par un délai de faveur (Comp. ce que dit M. Valette dans l'*appendice* de sa 2[e] édition, *De l'inscription en matière de priv. sur les imm.*, etc., p. 103 et suiv.).

Oui, sans doute, la transcription est un préliminaire de la purge; car avant de purger une propriété des droits réels qui peuvent la grever, il faut bien que je l'aie acquise au regard des tiers. Si je ne l'ai pas acquise aux yeux de tous, à quoi me servira de faire disparaître les hypothèques et priviléges qui la grèvent? A quoi cela me servira-t-il si le lendemain de ma purge mon vendeur ou donateur en constitue d'autres, et si je ne puis opposer à ces nouveaux créanciers le droit de propriété qui m'a été concédé? Si c'est ainsi qu'on l'entend, je suis tout à fait de l'avis du préliminaire de la purge; car ce préliminaire ne signifie rien autre chose que la transformation en droit absolu du droit relatif résultant du contrat. Mais ce n'est pas cela qu'on veut dire, on veut dire que la transcription n'intéresse en rien l'acquisition du domaine absolu, qu'elle n'a trait qu'à la purgation des hypothèques : *fiat lux!*... Il faut avouer alors que c'est une formalité bien obscure.

En effet, à quoi bon transcrire le contrat, *c'est-à-dire publier un acte qui est réputé connu de tous, puisque le système que je combats permet de l'opposer à tous*? Si je suis propriétaire à l'égard des tiers à partir du jour de la convention légalement prouvée, il est bien évident que le vendeur ne pourra à partir de cette époque conférer à des étrangers : 1° le droit de propriété dont il s'est dessaisi à mon égard et qui repose désormais absolu sur ma tête; 2° qu'il ne pourra, *à fortiori*, conférer des hypothèques et autres démembrements de la propriété qui dérivent de la faculté d'aliener qu'il n'a plus, puisqu'il a épuisé l'*abusus*, ayant fait de sa chose un usage qu'il ne peut plus renouveler; 3° enfin que les étrangers créanciers du vendeur, tenus de respecter mon droit, ne pourront acquérir sur ma chose des droits quelconques qui me soient opposables, puisque mon droit absolu est antérieur au leur. Eh bien! s'il en est ainsi, la transcription n'est nullement nécessaire pour purger les hypothèques; car, en notifiant mon contrat à tous les créanciers inscrits *avant la naissance de mon droit absolu*, c'est-à-dire, dans le système que je combats, avant la convention, et en les payant, je purgerai ma propriété d'une manière définitive, sans avoir à redouter l'apparition de nouvelles inscriptions à une époque postérieure à la convention. S'il en

survient, je leur dirai : A partir de la convention je suis propriétaire absolu, par conséquent vous devez respecter mon droit, créanciers retardataires; vous ne pouvez vous inscrire avec effet sur un bien qui est sorti des mains de votre débiteur. Pour me grever il vous faut le droit de suite, et vous l'avez laissé échapper en ne vous inscrivant pas avant la naissance de mon droit absolu qui vous oblige; car à mon égard vous faites partie du public (art. 2166).

Ainsi donc, arrière votre transcription; c'est un non-sens dans votre système.

60. « Non, ce n'est pas un non-sens, c'est un préliminaire in-» dispensable de la purge, et si elle n'intéresse pas la propriété » elle intéresse le droit hypothécaire, car elle a pour objet d'arrê-» ter le cours des inscriptions [1]. »

Ah! nous y voilà : ainsi les créanciers hypothécaires du précédent propriétaire peuvent s'inscrire, c'est-à-dire acquérir un droit réel sur la propriété transmise, et cela jusqu'à la transcription.

« Oui, mais il faut faire une distinction. Il n'y a que ceux qui » ont stipulé une hypothèque avant la convention qui peuvent » s'inscrire avec effet jusqu'à la transcription. Quant à ceux qui » auront stipulé une hypothèque du précédent propriétaire à une » époque postérieure au contrat, oh! ceux-là, ils ne pourront » pas s'inscrire utilement..... »

Je comprends très-bien. Ainsi, et en laissant de côté votre distinction dont je pourrais vous demander les éléments sous le Code civil, votre système aboutit à dire : 1° que mon droit absolu résultant du contrat n'est nullement absolu, puisqu'un étranger peut acquérir un *jus in re* sans ma participation, à une époque où pourtant, suivant vous, j'étais propriétaire absolu de la chose. Je suis propriétaire *absolu* au regard de tous, des tiers, du public en un mot, à partir du 1er janvier, jour de la conven-

[1] Cette opinion, comme on le verra plus tard, n'était pas celle du conseil d'État; mais quelques jurisconsultes, sentant parfaitement qu'il fallait donner un sens à la transcription du Code civil, ont inventé cette idée bizarre, qui a fini par prévaloir sous l'article 834 du Code de procédure, à savoir : « que les créanciers du » vendeur ayant stipulé une hypothèque avant la vente, pouvaient l'inscrire » même après la vente considérée comme établissant le *jus in re.* »

tion constatée par acte ayant date certaine ; mais cela n'empêchera pas que le 1er mars un étranger, tenu pourtant, notez ceci, de respecter mon droit absolu, viendra faire une petite distraction de ma propriété, m'en enlever une fraction que l'on nomme hypothèque, et cela sans que cette opération exige le moindre assentiment de ma part. Et si je ne donne pas satisfaction à cette hypothèque, eh bien, elle m'évincera, elle fera disparaître mon droit absolu qui lui est antérieur. C'est une expropriation forcée pour cause... des besoins du système de nos adversaires!...

2° Que vous donnez le droit de suite à une hypothèque non inscrite, en présence de l'article 2166 qui fait de l'inscription la condition essentielle du droit de suite, comme l'article 2134 l'avait déjà fait pour le droit de préférence.

J'avais toujours pensé que la convention hypothécaire, comme tous les autres contrats, ne donnait qu'un droit relatif, et que pour devenir absolu, c'est-à-dire pour obliger les tiers, créanciers ou acquéreurs, et suivre l'immeuble dans les mains autres que celles du débiteur, le droit hypothécaire dans notre régime public avait besoin de leur être notifié par l'inscription ; mais cette idée était fausse! Nous avons changé tout cela. La convention hypothécaire non inscrite oblige le tiers détenteur! Oui certainement, l'hypothèque non inscrite, qui n'a encore suivant la loi aucune existence au regard des tiers, eh bien! elle suivra l'immeuble dans les mains des tiers... acquéreurs, et elle pourra se compléter, c'est-à-dire s'acquérir comme droit absolu, malgré l'antériorité du droit *absolu* du détenteur!... Le droit relatif du créancier l'emportera sur le droit absolu de l'acquéreur!...

3° Et enfin que, comme conséquence de tout cela, et par un effort d'imagination incroyable, vous autorisez le créancier du précédent propriétaire à acquérir un droit réel... Sur quoi? Sur une chose désormais étrangère au débiteur, qui est complétement dessaisi, suivant vous, au regard du public par le seul fait de la convention; sur une chose devenue étrangère au créancier non inscrit, qui fait partie de ce même public; en sorte que voilà un débiteur qui donne des garanties à son créancier avec... le bien d'autrui!...

Vous voyez donc bien que vous vous débattez dans une im-

passe de laquelle il vous est impossible de sortir, avec votre système de transmission opérée par l'effet seul de la convention.

61. Certainement la transcription arrête le cours des inscriptions sous le Code civil; si elle ne l'arrêtait pas, ce serait un non-sens, une formalité inutile. Mais pourquoi l'arrête-t-elle? C'est parce qu'elle arrête le cours de la propriété elle-même; c'est parce qu'elle est la ligne de démarcation entre la propriété de l'aliénateur et la propriété absolue de l'acquéreur; c'est parce que de ce principe, qui est la base fondamentale de la loi de brumaire copiée dans le Code civil par l'article 2181, il résulte :

1° Que, jusqu'à la transcription, l'aliénateur reste propriétaire au regard du public;

2° Que, par conséquent, il peut transporter à ce public une propriété dont il reste investi à son égard;

3° Que, pouvant aliéner le plus, il peut aliéner le moins, et distraire de son droit de propriété les démembrements absolus, tels que les usufruits, servitudes, hypothèques, le tout en ce qui touche les tiers, et au mépris d'une convention dont l'effet est restreint entre les parties;

4° Que, par voie de conséquence nécessaire, l'acquéreur n'est pas, depuis le contrat jusqu'à la transcription, propriétaire à l'égard des tiers; qu'il ne le devient, au regard du public, que par l'accomplissement de cette formalité protectrice;

5° Que, par conséquent, n'ayant qu'un droit relatif contre telle personne déterminée, il est obligé de s'incliner devant l'apparition d'un droit absolu antérieur au sien; d'où suit qu'il est obligé de respecter : 1° les aliénations transcrites avant la sienne; 2° les démembrements de la propriété qui se sont constitués juridiquement, soit par la tradition s'il s'agit de servitudes et autres droits réels non susceptibles d'hypothèques, soit par l'inscription s'il s'agit d'hypothèques : inscription qui est à l'hypothèque, fraction du domaine, ce que la transcription est au domaine lui-même, c'est-à-dire, l'*acquisition* du droit absolu au regard de tous;

6° Enfin, qu'à partir de la constitution de son *jus in re* par la transcription, l'acquéreur ne sera plus tenu de respecter les droits qui pourraient naître postérieurement du chef de l'aliéna-

teur, parce que la ligne de démarcation est désormais immuable, et que la société n'a plus à s'occuper de l'ancien propriétaire et de ses ayants cause postérieurs à la transcription, puisque l'ancien propriétaire et ses ayants cause disparaissent complétement [1], pour faire place à un nouvel ordre de choses qui amènera, en cas de nouvelles mutations, les mêmes conséquences.

Voilà l'extrication du labyrinthe écrite en toutes lettres dans l'article 2181, qui n'est que l'exécution de la promesse de l'article 1140 pour les biens susceptibles d'hypothèques, comme le Chapitre de la délivrance, au Titre de la vente, est l'exécution de la promesse du même Titre en ce qui touche les choses immobilières non susceptibles d'hypothèques. Il était pourtant facile d'en parcourir les détours; il ne s'agissait pour cela que de se laisser guider par l'histoire, et de la suivre comme le fil conducteur toujours le plus sûr. Il fallait aussi méditer la discussion qui eut lieu au conseil d'État à propos de cet article 2181, et dont voici le sens résumé :

62. « M. Jollivet demande si les actes sous seing privé pour- » ront être présentés à la transcription.

» M. Cambacérès répond que oui, parce que la vente sous » seing privé est reconnue valable par la loi. Il faut donc la trans- » crire, et pourquoi? C'est parce que, dans le fait, elle serait » nulle si l'acte ne pouvait être transcrit, puisqu'*un acquéreur* » *plus récent pourrait, en faisant transcrire son contrat, en-* » *lever la propriété* à l'acquéreur sous seing privé. »

Et l'article 2181 est adopté!

N'est-il pas évident, d'après cela, que les bases de la transmission de la propriété immobilière sont celles de la loi de brumaire, et que l'article 1138, écrit sous l'influence de cette législation, n'a pu parler que d'une propriété relative? Oui, sans doute, et il ne serait jamais venu à l'idée de personne de fonder le domaine sur les nuages de la pensée, si l'inadvertance postérieure du législateur n'eût pas obscurci ce qui était clair comme le jour.

Passons à un autre article.

[1] Sauf la rétention du prix garanti par le privilége, si le prix n'est pas payé.

63. L'article 2182 a fourni un argument à nos adversaires ; il importe donc d'en rechercher le sens avec soin.

Cet article dispose, dans sa première partie : que la transcription ne fait pas par elle-même disparaître les priviléges et hypothèques établis sur l'immeuble, c'est-à-dire qui ont aux yeux de la loi une existence complète, par les inscriptions et transcriptions qui valent inscription (art. 2108, 2166) faites avant la transcription de la mutation dont on parle. Cela est vrai en thèse générale, mais la loi eût pu être plus claire.

64. En ce qui touche le privilége du vendeur, comme toutes les mutations précédentes ont dû nécessairement être transcrites [1], il est clair que les priviléges des anciens propriétaires se sont révélés avant la transcription dont s'occupe l'article 2182 : d'où suit que l'acquéreur doit les respecter. Pas de difficultés pour ce cas ; les anciens priviléges sont *établis* légalement, et par suite la transcription ne les fait pas disparaître à elle seule.

65. En ce qui touche le privilége des ouvriers, l'inscription du premier procès-verbal devant précéder les travaux, il est évident aussi qu'elle a dû se révéler avant la transcription, puisque la transcription est postérieure à la convention, et que le procès-verbal d'état de lieux et son inscription sont nécessairement antérieurs à l'aliénation.

Mais il peut se faire que la mutation ait lieu en cours d'exécution des travaux, et que la transcription soit faite avant leur achèvement. Dans ce cas, les ouvriers ne sont pas astreints à faire recevoir leurs travaux antérieurs à la transcription, et à inscrire le procès-verbal de réception avant cette transcription ; ils ne sont pas non plus astreints à dresser un nouvel état de lieux et à recommencer, comme si rien n'avait encore été fait, pour acquérir contre le nouveau propriétaire un privilége sur les travaux à effectuer. Ils peuvent donc continuer leur entreprise, et inscrire le second procès-verbal après la transcription. Le nouveau propriétaire n'en sera pas moins tenu de respecter leur droit en

[1] Puisque autrement la chaîne de la propriété absolue serait rompue, et que le dernier acquéreur ne pourrait être, malgré la transcription de son contrat, qu'un acquéreur relatif, sauf le cas de l'usucapion accomplie.

Lors de la révision de la loi, je pense qu'il ne faudrait faire courir la prescription de dix ans qu'à partir de la transcription.

ce qui concerne les travaux effectués sur l'ancien propriétaire avant la transcription, parce qu'ils ont acquis un privilége dont ils ont frappé les acquéreurs à venir par l'inscription de leur premier procès-verbal, et que l'inscription du second procès-verbal, à quelque époque qu'elle soit prise, n'est qu'un complément de la première, et vient se confondre avec elle à *sa date* (Code civil, art. 2110).

Voilà donc une inscription qui peut se révéler postérieurement à la transcription. Aussi la loi n'a-t-elle fixé aucun délai pour son apparition sur les registres du conservateur. Du reste, l'acquéreur est suffisamment averti par l'inscription du premier procès-verbal; rien ne l'empêche, si les créanciers poursuivent l'ordre aussitôt la transcription, de faire liquider les travaux antérieurs à la transcription aussi bien que les travaux postérieurs, reconnaître la plus-value résultant des ouvrages, et déterminer ainsi le *quantum* de la créance privilégiée des ouvriers, qui recevront alors, par privilége, dans la distribution le montant de cette plus-value.

Il est donc encore vrai de dire que, quoi qu'il arrive, le privilége est *établi* sur l'immeuble par l'inscription du premier procès-verbal, et que, par conséquent, la transcription, comme dit l'article 2182, ne peut à elle seule le purger.

66. En ce qui touche le privilége des copartageants et des créanciers du défunt :

Ces créanciers privilégiés ont, par une exception à la règle de l'article 2106, des délais de faveur pour inscrire le privilége (Code civil, art. 2109, 2111); l'inscription faite dans le délai est censée prise le jour même de la mutation. Si donc l'immeuble grevé du privilége est frappé de l'inscription en temps utile, c'est-à-dire dans les soixante jours du partage ou dans les six mois du décès, l'effet de l'inscription remontant au jour de la transmission, l'acquéreur qui transcrit son contrat avant l'expiration des délais, n'aura pas purgé le droit réel, quoique non révélé encore, mais qui peut se révéler dans les délais déterminés. En un mot, au regard des copartageants et des créanciers du défunt, la transcription de l'acheteur n'a pu lui faire acquérir un droit absolu; l'immeuble, à l'égard de ces créanciers, est pendant les délais

de faveur réputé se trouver encore dans les mains du copartageant ou de l'héritier, et cela malgré la transcription précipitée que pourrait faire l'acheteur.

C'est là une exception fondée sur des motifs particuliers, que la loi aurait pu faire ressortir dans l'article 2182 mieux qu'elle ne l'a fait par ce mot *établis*. Toutefois, il est vrai de dire que les priviléges des copartageants et des créanciers du défunt inscrits dans les soixante jours du partage ou dans les six mois du décès, quoiqu'après la transcription, étaient *établis* avant la transcription, puisque les inscriptions faites dans ces délais sont censées, pour leurs effets, avoir été prises le jour même du partage ou du décès, c'est-à-dire, avant l'aliénation qui a amené la transcription.

67. En ce qui touche les priviléges de l'article 2101, ils sont dispensés d'inscription d'après le Code civil (art. 2107); ils sont donc nécessairement *établis* avant la transcription.

68. En ce qui touche les hypothèques, qui n'ont d'existence au regard des tiers que par l'inscription, ainsi que les priviléges dégénérés en simples hypothèques (Code civil, art. 2113), la loi est parfaitement rédigée, car ces droits ont dû nécessairement se révéler avant la transcription. La transcription purge les hypothèques non inscrites, parce qu'elles ne sont pas *établies* sur l'immeuble. L'inscription qui se révélerait après la transcription ne pourrait opérer l'appréhension d'un gage, puisque ce gage ne fait plus partie de la fortune du débiteur.

Voilà pour la première partie de l'article 2182; elle prouve toujours que la transcription est la ligne de démarcation entre la propriété du vendeur et celle de l'acquéreur, puisque l'acquéreur n'est tenu, en règle générale, de respecter les priviléges et hypothèques qu'autant qu'ils se sont acquis et révélés à lui avant cette transcription.

Faisons ici une remarque essentielle : c'est que la loi ne fait aucune distinction entre les hypothèques constituées à une époque antérieure au contrat et inscrites dans le temps intermédiaire du contrat à la transcription, et les hypothèques constituées après le contrat et inscrites également avant la transcription. Pour être respectées des tiers, créanciers et acquéreurs, il suffit qu'elles soient établies au moment de la transcription. Et, en effet, jus-

qu'à la transcription l'aliénateur reste toujours, malgré la convention, propriétaire au regard du public, et par conséquent il n'y avait pas de distinction à faire. Qu'importent aux tiers les conventions qui se passent dans l'ombre? Ce qui peut seul et doit seul les obliger dans un régime de publicité, c'est le signe public de la propriété et de l'hypothèque. Tant que ce signe public n'apparaît pas légalement, il n'y a pour eux ni transmission de propriété ni établissement d'hypothèque.

Passons maintenant à la seconde partie de l'article 2182.

69. La transcription ne transmet à l'acquéreur que la propriété telle qu'elle existe entre les mains du vendeur.

C'est de là que les adversaires ont tiré argument en faveur de leur système, et voici comment ils ont raisonné :

« Le vendeur s'est, par la convention, dessaisi de la propriété » pour en investir l'acheteur (art. 711, 1138, 1583); or la loi » décide que le vendeur ne transmet à l'acquéreur que les droits » qu'il avait sur la chose vendue; donc la seconde vente que » consentirait le vendeur est faite *à non domino* (art. 1589), et » par conséquent la transcription de cette seconde vente ne peut » dépouiller le premier acheteur, bien qu'il n'ait pas transcrit » son contrat. »

Immédiatement cette réplique :

Le vendeur, par la convention, ne s'est dessaisi de la propriété qu'à l'égard de l'acheteur (art. 711, 1138, 1583, 1604, 938, 939, 941, 2108, 2181); donc il peut, malgré la convention, transporter à des tiers, vis-à-vis desquels il reste toujours propriétaire jusqu'à la transcription, le domaine absolu. Donc la transcription du second acheteur l'emporte sur le contrat non transcrit du premier.

C'est, comme on le voit, toujours la question par la question; il faudrait s'entendre sur les prémisses. L'article 2182 (2e alinéa) a-t-il entendu donner à la convention le caractère absolu? l'action *ex empto* a-t-elle acquis sous le Code le caractère réel? C'est là la question.

Eh bien! l'article 2182 prouve tout le contraire de ce qu'on lui fait dire. Et en effet il suffit, pour mettre à néant la conséquence vicieuse qu'on en tire, de remarquer qu'il est littérale-

ment copié dans l'article 28 de la loi de brumaire an VII, et que dès lors il n'a pu vouloir dire que la première convention a transporté la propriété au regard des tiers, puisque l'article 26 de la même loi ne faisait résulter le domaine absolu que de la transcription du contrat. Pour admettre l'argument de nos adversaires, il faudrait arriver à dire que l'article 2182, en passant dans le Code civil, a changé de signification : or les textes étant identiques, il est évident que la pensée est la même.

70. Maintenant voici le sens de cette seconde partie de l'article 2182; *quæ species est verissima*, comme dirait Cujas.

La transcription ne purge pas les hypothèques et priviléges établis légalement sur l'immeuble; elle ne purge pas davantage la propriété absolue.

En effet, comment voudrait-on qu'une formalité qui ne purge pas de simples démembrements de la propriété pût cependant purger la propriété elle-même?

Mais la transcription purge :

1° Les hypothèques relatives, c'est-à-dire, qui n'ont qu'un principe d'existence dans la convention hypothécaire non encore révélée aux tiers par l'inscription ;

2° Et par identité de raison, la propriété relative, c'est-à-dire la propriété résultant de la convention à l'égard de telle personne déterminée, et qui ne s'est pas encore constituée au regard des tiers par la transcription.

En d'autres termes, la transcription met, au regard de la société, l'acquéreur qui transcrit son contrat, absolument dans la même position qu'avait le vendeur à l'égard des tiers au moment où elle est faite; d'où il faut conclure :

1° Que si le vendeur n'était et n'a jamais été propriétaire, la transcription, ne purgeant pas la propriété, ne pourra faire acquérir à l'acheteur un droit que n'avait pas le vendeur. Et en effet, la vente de la chose d'autrui est nulle ; le véritable propriétaire absolu, dont un étranger a vendu la propriété, pourra toujours revendiquer l'immeuble entre les mains du tiers acquéreur *à non domino*, et cela malgré la transcription que cet acquéreur même de bonne foi aura pu faire de son contrat.

2° Que si le vendeur n'était propriétaire que relativement à

une personne déterminée, et non pas vis-à-vis du public, parce qu'il n'a pas lui-même transcrit son contrat, la transcription requise par l'acheteur ne peut lui faire acquérir que les droits de son vendeur. Il ne sera donc, malgré sa transcription, qu'un propriétaire relatif; et pour devenir propriétaire absolu, il faudra que non-seulement il transcrive son propre contrat, mais encore le contrat de son vendeur, à moins qu'il ne laisse l'usucapion s'accomplir.

Telle est la pensée de l'article 2182, qui est, au contraire de ce qu'on lui a fait dire, la preuve la plus évidente que les auteurs du Code ont conservé la transcription comme moyen de translation de la propriété à l'égard des tiers.

Rendons cela sensible par un exemple.

Supposons un vendeur primitif, un acquéreur et un autre acquéreur successifs.

Le 1[er] janvier, vente par Primus, propriétaire absolu, à Secundus. Secundus ne fait pas transcrire son contrat; il n'est par conséquent propriétaire que relativement à Primus; il ne l'est pas encore vis-à-vis des tiers (art. 1583).

Le 1[er] février, Secundus vend sa propriété relative à Tertius qui fait transcrire son contrat, mais qui ne fait pas transcrire le contrat de Primus à Secundus. *Quid juris?* Tertius est-il propriétaire absolu au regard des tiers? Évidemment non, parce que sa transcription n'a pu lui faire acquérir que la position qu'avait son vendeur, et que Secundus, n'ayant pas transcrit son contrat, n'était pas propriétaire absolu. Voilà l'une des deux espèces prévues par l'article 2182.

Voyons la double conséquence qui résulte de cet état de choses.

Du principe que Tertius est propriétaire relativement à Secundus (art. 1583), il résulte que ce dernier ne peut personnellement porter atteinte à la propriété de Tertius : *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio*. D'ailleurs les vendeurs et donateurs ne peuvent opposer le défaut de transcription (art. 941). La transcription est une formalité *extrinsèque*, qui n'intéresse que les tiers.

Maintenant, du principe que Tertius n'est pas propriétaire à l'égard des tiers, il résulte :

1° Que les aliénations totales ou fractionnaires, consenties par Primus, même après la transcription de Tertius, l'emporteront sur la vente consentie à Tertius par Secundus, pourvu que ces nouvelles aliénations émanées de Primus, resté propriétaire à l'égard des tiers, soient elles-mêmes transcrites ou inscrites avant que Secundus ou Tertius ait opéré la transcription du contrat intervenu entre Primus et Secundus. En effet, puisque la transcription est nécessaire pour l'acquisition du domaine absolu, il faut nécessairement que toutes les aliénations successives soient transcrites. Si l'une des aliénations intermédiaires n'est pas transcrite, la chaîne des droits absolus est rompue et, par conséquent, ceux qui viennent ensuite tombent sur la partie brisée de cette chaîne, puisque la transcription ne purge pas la propriété et ne peut faire acquérir à celui qui transcrit son contrat que la position de son vendeur immédiat à l'égard des tiers.

2° Que Tertius étant obligé, pour acquérir le domaine absolu, de transcrire le contrat de Primus à Secundus, la transcription de son contrat avec Secundus devient un acte sans objet, qu'il doit recommencer après la transcription du contrat de Primus à Secundus.

En effet, en transcrivant le contrat de Primus à Secundus, il a fait nécessairement passer le domaine absolu sur la tête de Secundus avant d'arriver à lui. Or avec le système du Code civil qui reconnaît des hypothèques sur les biens présents et à venir, il est clair que les créanciers judiciaires ou à hypothèques légales de Secundus auront saisi l'immeuble au passage, c'est-à-dire, au moment même où le domaine absolu aura reposé, ne fût-ce qu'un instant de raison, sur la tête de Secundus, et que par conséquent, pour les purger, Tertius devra transcrire une seconde fois la vente que lui a consentie Secundus ; en sorte que la première transcription de Tertius aboutit à néant, oui, à néant!... Si Tertius ne veut pas transcrire le contrat de Primus à Secundus, il est à la discrétion de Primus ; cela est clair comme le jour. C'est du reste ce que disait Treilhard à la séance du 10 ventôse an XII. « On voudrait qu'un acheteur fût libre de ne pas trans-

» crire. Il peut s'en dispenser, mais alors il ne lui restera » d'autre garantie contre les hypothèques à venir que la moralité » de son vendeur. »

Mais la jurisprudence a reculé devant ces conséquences logiques du système de la loi, qui n'a nullement été comprise; et en décidant que la transcription du dernier contrat valait transcription des contrats précédents, elle a rompu l'unité du système. Dès lors on a vu des vendeurs publiant et conservant leurs priviléges par la transcription de contrats qui n'étaient pas les leurs! Ou du moins la logique le voulait ainsi; mais on a mis de côté la logique! On a vu ensuite, sous le Code de procédure, des créanciers mis en demeure de s'inscrire par des transcriptions de contrats émanés d'autres que de leurs débiteurs!... Des créanciers mis en demeure par une sommation émanée d'un homme qu'ils ne connaissent pas, qu'ils ne peuvent pas connaître, qui, à leur égard, ne se rattache en aucune manière au quatrième ou cinquième vendeur précédent, lequel, de son côté, n'est pas tenu non plus de leur signifier les contrats intermédiaires!... Quelle publicité!... Et puis on est arrivé à brouiller toutes les mutations successives; on est arrivé à des confusions, à des croisements de créanciers de débiteurs différents, enfin à un chaos tel qu'il n'est personne qui puisse se dire réellement propriétaire.

Tandis qu'en suivant l'idée éminemment radicale du législateur de l'an VII, qui est adoptée par le Code civil, la propriété immobilière repose sur une base assurée; la confusion est impossible. Toutes les aliénations successives sont transcrites et transcrites dans leur ordre de dates. Elles ne sont aliénations qu'à cette condition (*V.* art. 2199-2200, ordre des dépôts).

Primus, propriétaire absolu, vend un immeuble à Secundus; le contrat est transcrit; voilà Secundus propriétaire absolu. A cette transcription toutes les charges de l'immeuble sont arrêtées, le nouveau propriétaire est certain qu'à l'avenir il ne sera plus établi sur son immeuble de droits réels sans sa participation; il connaît sa position. On n'a plus à s'occuper de Primus que pour son privilége qui se révèle par la transcription elle-même. Le public est frappé en même temps par le privilége et par la propriété (C. civ., art. 2108). Secundus vend ensuite à Ter-

tius qui vend à Quartus, etc. Tous les contrats étant transcrits dans leur ordre de dates, les mêmes conséquences se reproduisent de transmission en transmission. Il se fait à chaque transcription une liquidation de chaque mutation ; les droits de tous sont conservés ; la confusion entre les créanciers des propriétaires successifs est impossible, et les tiers, en consultant les transcriptions successives, trouvent dans un dépôt public la filiation du domaine. Ils contractent en connaissance de cause, et dès lors le but est atteint ! Certes c'est là une législation qui satisfait complétement la raison, et il faudrait des motifs bien puissants pour penser qu'elle a été abrogée !...

71. Mais elle ne l'a pas été ; l'article 2182, loin de venir en aide au système de nos adversaires, les condamne au contraire de la manière la plus éclatante. Il ne s'agit que de l'entendre dans son véritable sens, et l'histoire démontre que l'interprétation que nous venons d'en donner est la seule vraie et par conséquent la seule admissible.

Comment comprendre que les rédacteurs du Code auraient été copier une série d'articles dans la loi de brumaire, s'ils n'avaient pas voulu consacrer les principes de cette loi ! Dans l'article 2182 la pensée est un peu plus développée que dans l'article 28 de la loi de l'an 7 ; le rédacteur de l'article 2182 énonce la même pensée en deux alinéas... Eh bien ! cette division, qui n'a eu pour objet qu'une clarté plus grande, a servi de texte pour repousser l'idée fondamentale !...

La loi de brumaire avait dit dans une rédaction fort juste :

« La transcription prescrite par l'article 26 transmet à l'ac-
» quéreur les droits que le vendeur avait à la propriété de l'im-
» meuble, mais avec les dettes et hypothèques dont cet immeuble
» est grevé. »

Et parce que le Code a énoncé la même idée en la divisant, il a changé tout le système !...

« Oui, certainement, il l'a changé, et l'article 2182 nous en
» fournit la preuve. Est-ce que vous ne voyez pas le changement
» de rédaction que présente cet article ? La loi de brumaire dit :
» La transcription ne transmet... Et on voit par là que la transcrip-
» tion est translative. Mais le Code s'est-il exprimé ainsi ? Oh non !

» Il a dit : Le vendeur ne transmet... Ce n'est pas la *transcription* » qui transmet..., c'est le *vendeur*, ce qui est bien différent; car » si le vendeur a déjà transmis il ne peut plus transmettre... »

Argutie! mille fois argutie! Ce mot *vendeur* a été inséré dans l'article pour ne pas répéter le mot *transcription* du premier alinéa. C'est un hommage rendu à la délicatesse de notre langue qui n'aime pas les répétitions. Il faut lire l'article de la manière suivante :

1° La transcription ne purge pas les hypothèques;

2° Le vendeur (par la transcription) ne transmet à l'acquéreur, etc...

Et la preuve, c'est que la loi dans l'article 2182 ne s'occupe que des effets de la transcription, et que vous décidez vous-mêmes que certaines hypothèques inscrites après la vente et jusqu'à la transcription obligent les tiers détenteurs. Or apparemment qu'au moment de la convention l'immeuble n'était pas grevé, au regard des tiers, des hypothèques non inscrites. La transcription saisit donc l'immeuble tel qu'il se trouve au moment où elle est faite, et par conséquent ce n'est point le vendeur *par la convention*, mais bien le vendeur *par la transcription de la convention*, qui transmet la propriété, telle qu'elle se trouve entre ses mains au moment de l'accomplissement de la formalité.

HUREAUX.

(La suite à un prochain cahier.)

Étude sur la nature et les effets de la compensation.

Par M. Frédéric DURANTON, docteur en droit.

SUITE ET FIN [1].

DEUXIÈME PARTIE. — Droit français.

§ 1er. — Ancienne jurisprudence.

Plus encore que dans le droit romain, la compensation a subi dans les pays coutumiers de profondes modifications. Proscrite dans l'origine, on la voit s'introduire peu à peu, au moyen de *lettres royaux* et avec de nombreuses restrictions. Plus tard, sous l'influence de jour en jour croissante du droit romain, elle se débarrasse de ces entraves et devient d'une application générale. Enfin, dans le dernier état du droit, la jurisprudence romaine est présentée par la plupart des praticiens comme la seule règle à suivre. Exposons rapidement ces développements successifs.

Avant le XVe siècle, la compensation n'est admise en aucune manière en cour laye; le défendeur qui veut réclamer ce que le demandeur lui doit est obligé de former une demande nouvelle contre son adversaire [2].

Plus tard on admit que le défendeur pourrait se prévaloir de compensation au moyen de *lettres royaux*. Cette modification nous est attestée par les gloses insérées au manuscrit de Bouteiller par un annotateur qui écrivait depuis la première rédac-

[1] *V.* plus haut, p. 753.

[2] Bouteiller, Somme rural, tit. 44, p. 323, édit. de Charondas : « Sçachez selon le stille de cour laye compensation, que les anciens appellent reconvention, et les ruraux l'appellent contrepennez, qui tout est un; mais, selon les clercs, son droit nom est compensation, *et ne se fait pour quelque lettre; mais convient que si l'un est tenu à l'autre, que chacun faict en soit répondu par soy et sur ce faict convenu à loy*, ou autrement on n'y seroit tenu de respondre. »

Et au titre 27, page 154 : « Car en cour laye *n'a lieu ceste action* (de compensation) *où on use de coustume locale, mais selon droit escrit veut bien que compensation soit faicte en cas qui dépendent l'un de l'autre.* »

tion de la coutume de Paris, mais avant sa réformation (1510-1580)[1]. Plusieurs conditions toutefois étaient nécessaires. Il fallait que les dettes fussent liquides (cout. de Paris, art. 74 anc. et 105 nouv.), et même, dans la coutume d'Auvergne, qu'elles fussent constatées par écrit (chap. 18, art. 6).

Que si la dette opposée en compensation ne réunit pas les conditions voulues par la coutume, le défendeur peut en faire l'objet d'une demande incidente, d'une reconvention, mais à une condition : c'est que le juge saisi soit également le juge du domicile du demandeur ; car, ainsi que s'exprime de Ferrière sur l'article 106 de la coutume de Paris, « la reconvention n'a lieu » en cour laye ou séculière, parce que les juridictions séculières » sont domaniales, auxquelles on ferait préjudice par ce moyen. » (Art. 106 cout. de Paris; art. 7, chap. 18 cout. d'Auvergne.)

Mais la compensation ne tarda pas à s'affranchir de ces restrictions. L'usage des lettres royaux devant les juridictions inférieures tomba en désuétude ; elles ne furent plus exigées que dans les cours souveraines et pour le cas de demandes reconventionnelles proprement dites. La défense de former des demandes reconventionnelles, quand les parties n'étaient pas *ejusdem fori*, finit, malgré quelques oppositions, par tomber dans un tel discrédit, qu'un praticien distingué, Lecamus[2], se crut autorisé par l'usage nouveau à formuler un article entièrement opposé à celui de la coutume[3].

Ces innovations importantes, et qui constituent, il faut le reconnaître, un véritable progrès, étaient le résultat de l'envahissement des principes du droit écrit. Mais, ainsi qu'il arrive souvent par une sorte d'ardeur de réaction, en croyant revenir aux errements du droit romain, on alla beaucoup au delà.

Dans ce droit, la compensation, pour produire ses effets, devait être opposée par le défendeur ; on crut que la législation romaine admettait la compensation *ipso facto*, s'opérant par la seule vertu de la loi : de judiciaire qu'elle était on la fit légale.

[1] *V.* Bouteiller, *loc. cit.*, et Chabrol de Volvic, Cout. d'Auvergne, chap. 18, art. 6, t. III, p. 11.
[2] Sur l'art. 106 de la Cout. de Paris.
[3] Chabrol, sur l'art. 7 du chapitre 18 de la Cout. d'Auvergne, t. III, p. 17.

Trompés par les mots *ipso jure*, qu'ils traduisirent mal, et aussi par certains effets rétroactifs de la compensation une fois opposée, Duaren [1] et Cujas [2] les premiers ont enseigné que la compensation s'opérait à l'insu des parties et malgré elles. Tyndarus [3], tout en avouant que cette opinion est contraire au sentiment de l'immense majorité des anciens docteurs, la propose cependant avec quelques doutes. Domat suivit la même doctrine sans examen [4]; enfin Pothier, après avoir discuté la question, embrasse l'opinion nouvelle, il s'exprime ainsi : « Lorsqu'on dit que la com» pensation se fait de plein droit, *ipso jure*, cela signifie qu'elle » se fait par la seule vertu de la loi, sans qu'elle ait été pronon» cée par le juge, ni même opposée par aucune des parties [5]. »

Il faut le reconnaître, cette théorie fut adoptée par la plupart des jurisconsultes français du dernier siècle [6].

L'autorité des ouvrages des glossateurs s'était trop affaiblie sous les attaques incessantes des jurisconsultes du XVIe siècle, et l'illustre Doneau n'avait malheureusement jamais joui dans notre pays d'assez de crédit, pour que la véritable doctrine pût lutter avec succès contre un pareil entraînement. Quoique maintenue au dehors par Brunneman, Vinnius [7], et autres jurisconsultes du premier mérite, elle dut dans la pratique céder la place, de telle sorte que le système de la compensation légale

[1] Duaren, tit. *De compens.*, édit. de Lyon (1584), p. 1329.

[2] Ad cod. *De comp.* et *passim*, in Pauli lib. 1, *Quæst.*

[3] Tyndarus, *De compens.* Son traité se trouve dans le *Tractatus tractatuum* part. II du t. VI, p. 250. Venise, 1584.

[4] Lois civ., liv. III, tit. 2, sect. 1, n° 4.

[5] Oblig., part. III, chap. 4, § 3, n° 635 de l'édit. in-8° de 1821. — M. Merlin (Questions de droit, v° *Papier-monnaie*) reproduit avec vigueur l'argumentation de Pothier, mais c'est à tort qu'il cite Vinnius comme étant favorable à son opinion.

[6] M. Levasseur, Nouv. Denis., v° *Comp.*—Guyot, Répert. de jurispr., v° *Comp.* —Rousseau de Lacombe, v° *Comp.*

[7] Le premier de ces jurisconsultes (ad codic. *De comp.*) résume avec tant de netteté la théorie du droit romain à cet égard, que nous croyons utile de transcrire ici son passage : « Acriter hic disputant interpretes an ita fiat compensatio ipso jure, ut neque exceptione, verbi gratia, facto hominis opus sit? In hac quæstione vera est sententia omnino factum hominis accedere debere; si enim adversarius desideraverit et judex approbaverit, tunc demum locum habebit compensatio. Sed opposita jam sit, retro vim egerit suam non a die exceptionis vel admissionis. » Il cite à l'appui de son opinion, Pacius, Hilligerius, Bacchovius, Viessembach, Tiraqueau et une foule d'autres.

était à la fin du dernier siècle admis comme un principe incontestable.

§ 2. — Code civil.

En présence d'un tel état du droit, le système du Code ne pouvait être incertain; c'est dans les ouvrages de Domat et de Pothier, ainsi que chacun sait et que l'ont hautement proclamé MM. Bigot-Préameneu, Favard, Jaubert et Mouricault [1], qu'est puisé le Titre des obligations. La section qui traite de la compensation présente notamment une reproduction presque littérale des principes proclamés par Pothier et que ce jurisconsulte avait extraits ou cru extraire du droit romain. Ainsi, d'une part, nous voyons nettement formulé dans l'article 1290 le système de la compensation légale : « La compensation s'opère de plein droit » par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les » deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se » trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités » respectives. » Et, d'autre part, nous retrouvons dans d'autres articles la plupart des dispositions de détail qu'offrent les textes du corps de droit romain. *V.* 1291, 1292, 1293, 1296.

Nous avons, au commencement de cette recherche, annoncé l'intention de prouver que plusieurs de ces dispositions, parfaitement concordantes avec le véritable système du droit romain, celui de la compensation judiciaire, n'étaient pas en harmonie avec le système de la compensation légale. Nous ajoutons qu'en elle-même cette théorie qui fait produire à la compensation ses effets à l'insu des parties, et même malgré elles, amenait quelques conséquences injustes devant lesquelles le législateur a reculé. Nous allons essayer d'établir ces deux points. Signalons d'abord les dispositions qui nous semblent inexplicables en présence du principe admis par le législateur.

Nous ferons ce reproche, en premier lieu, à l'article 1291 en ce qu'il exige, pour que la compensation ait lieu, que les créances soient liquides, c'est-à-dire *qu'il soit certain qu'il est dû et com-*

[1] Locré, t. XII, p. 313, 423, 545, 551.

bien il est dû [1]. Comment comprendre une semblable condition, en présence des principes en vertu desquels la compensation s'opère de plein droit à l'*insu* des parties, c'est-à-dire lors même qu'elles ne soupçonnent pas l'existence de la créance? Une créance méconnue, ou dont le montant n'est pas encore fixé, n'en existe pas moins en réalité; et puisque la loi ne s'attache pas à l'opinion des parties sur l'existence des obligations (1290), pourquoi la compensation n'aurait-elle pas lieu dans le cas où la dette est controversée ou son montant non fixé (1291)? Du moment que les créances ont existé simultanément, la puissance de la loi a dû les éteindre: il ne s'agit plus que de vérifier s'il y a eu compensation. Décider au contraire, d'une part, que la compensation a lieu lors même que deux créances seraient totalement ignorées des parties, mais, d'autre part, exiger que les dettes soient liquides, c'est-à-dire que leur existence puisse être certifiée et leur montant déterminé à première vue, c'est une inconséquence assez grave pour qu'on puisse s'étonner qu'elle ait échappé à d'aussi bons jurisconsultes.

La constitution de Justinien, au contraire, ne mérite pas ce reproche : car, la compensation devant être opérée par le juge, on comprend facilement que l'empereur ait empêché le défendeur de se prévaloir au milieu d'un procès d'une créance d'un examen long et difficile. Opposée dans de telles circonstances, la compensation n'eût été le plus souvent qu'une échappatoire que l'on a bien fait d'enlever à un plaideur de mauvaise foi qui veut éviter sa condamnation. Aussi la plupart des interprètes enseignaient-ils, avec raison selon nous, en s'appuyant sur les termes et l'esprit de la constitution 14, que le défendeur pouvait, *initio litis*, opposer en compensation une dette non liquide, parce qu'alors il n'a pas eu pour mobile le désir d'échapper à une condamnation imminente en entravant le procès [2]. Ainsi entendue, la liquidité de la dette constitue une condition éminemment raisonnable, et qu'on devrait sans aucun doute transporter dans notre droit toutes les fois que la compensation, ne pou-

[1] Pothier, Oblig., n° 638. – M. Jaubert. — Locré, t. XII, p. 484.
[2] Doneau, sur la const. 14, au Code. — Vinnius, L. 1, quest. choisies, n° 50, et les auteurs qu'il cite.

vant s'opérer légalement, a lieu par voie de *reconvention*. Mais, nous le répétons, appliquée à la compensation légale, une semblable exigence présente une véritable contradiction.

L'article 1295 nous offre un autre exemple des inconvénients qui découlent de la fausse interprétation donnée par les rédacteurs du Code à la constitution de Justinien.

Cette constitution défend au dépositaire et à celui qui s'est emparé injustement de la chose d'autrui, de se prévaloir de la compensation. Cette défense n'a évidemment de sens qu'autant que le juge se trouve dans la nécessité, à raison des circonstances, de substituer une condamnation pécuniaire à la restitution de la chose même ; mais, dans cette hypothèse, la constitution se justifie facilement par cette considération que le défendeur, certain d'être obligé à débourser la valeur de la chose et condamné aux frais du procès, sauf à lui à exercer ses droits par une action séparée, se déterminera plus facilement à restituer le dépôt ou l'objet usurpé [1].

Dans le Code civil, qui reproduit ces exceptions, elles sont au contraire fort difficiles à expliquer. Comment comprendre, en effet, qu'après avoir posé comme règle que la compensation ne pourra avoir lieu que pour des choses fongibles de la même espèce (1291), on ait besoin d'excepter de la compensation : 1° le cas de la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé : 2° celui de la demande en restitution d'un dépôt ou d'un prêt à usage ? Ne sont-ce point des corps certains qui sont dus, et, dès lors, la compensation n'est-elle pas évidemment inapplicable en principe ? Pourquoi excepter ce qui n'est point compris dans la règle ?

Ce défaut de logique était si palpable qu'il n'a échappé à personne ; aussi a-t-on cherché à expliquer notre article, en supposant qu'il n'avait en vue que certaines hypothèses si rares qu'elles semblent imaginées à plaisir. On a dit que les deux alinéa de l'article 1293 s'appliquaient aux cas de vol, de *prêt à usage* d'une somme d'argent, et au dépôt irrégulier.

[1] C'est ainsi que l'a entendu le judicieux Brunemann ; il s'exprime ainsi : « Si dolo debita res perierit, et ita agatur ad æstimationem, non tamen locum habebit compensatio, tùm ob fidem quæ hic exuberat, tùm ne depositarius suo dolo vel lata culpa sibi jus compensandi acquirat. »

En ce qui touche le vol et le prêt à usage [1], l'explication est fort contestable en elle-même; car le voleur et le commodataire ne sont point débiteurs d'une quantité, d'une chose qui puisse se remplacer par une autre, mais bien de corps certains, d'objets qui doivent être rendus identiquement, de sorte qu'il allait de soi que la compensation ne pouvait pas s'opérer de plein droit dans ces divers cas. Ajoutons qu'il y a quelque chose de ridicule, en ce qui concerne *le prêt à usage d'une somme d'argent*, dans une disposition législative qui ne peut s'appliquer qu'à une hypothèse aussi extraordinaire.

On a présenté une autre explication de notre article. On a dit [2] que le législateur avait eu en vue le cas où l'obligation du voleur, du dépositaire, du commodataire, se serait convertie en dommages-intérêts, bien qu'elle eût eu pour objet les choses les plus diverses; que c'était précisément pour cette hypothèse que la compensation était défendue [3].

Mais on n'a point observé qu'une semblable dette de dommages-intérêts n'étant point liquide avant la condamnation, elle n'était pas compensable aux termes de l'article 1291, et qu'il était dès lors inutile de l'excepter d'une règle qui ne la comprenait point dans son application.

Dans ce système, pour donner une portée sérieuse aux dispositions de notre article, il faudrait aller jusqu'à dire que même après la condamnation du voleur, du dépositaire, du commodataire, à des dommages-intérêts, ils ne pourront opposer la compensation pour exécuter le jugement [4].

Mais si c'est là le vrai sens de ces alinéa, il faut convenir que leur rédaction est bien loin d'exprimer cette idée. Ils ne parlent, en effet, que de la compensation qui est opposée *sur la demande en restitution*, et nullement de la compensation qu'on opposerait contre une condamnation pécuniaire à une somme détermi-

[1] Toullier, t. VII, nos 382-385.

[2] Delvincourt, édit. de 1819, t. II, notes 2 et 3 de la page 169.

[3] C'est là le vrai sens de la constitution de Justinien. *V.* plus haut, p. 750 et suiv., et Brunnemann, *ad Cod.*, const. 14. — C'est aussi la disposition formelle du Code prussien pour le dépôt, mais non pour le commodat, Ire partie, tit. 16, sect. 6, n° 364.

[4] M. Delvincourt, *loc. cit.*

née. Ajoutons que Pothier, cette source si sûre et presque exclusive de notre section, ne l'entend point ainsi. Il décide [1] que si, faute par l'emprunteur de pouvoir rendre la chose prêtée à usage, parce qu'elle serait périe ou aurait été perdue par sa faute, la dette s'était convertie en une dette de dommages-intérêts liquidés à une somme d'argent, elle serait susceptible de compensation de même que les autres dettes de sommes d'argent. Cette explication, la seule qui pût donner une valeur à ces diverses dispositions, est donc inadmissible [2]. L'application de l'article 1293 sera donc réduite au seul cas de dépôt irrégulier [3].

Reconnaissons donc que notre législateur eût mieux fait de ne pas emprunter au droit romain des dispositions qui avaient une valeur dans cette législation, mais qui, sauf une seule application et dans un cas assez rare, n'ont aucun sens dans notre droit.

Dans les articles que nous allons maintenant examiner, le législateur a franchement dérogé au système de la compensation légale; une de ces exceptions a pour but d'éviter des inconvénients de pratique, l'autre d'injustes résultats.

La première de ces dérogations se présente dans le troisième alinéa de l'article 1294, d'après lequel « le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. » Cette règle n'est-elle point en opposition manifeste avec l'idée que la compensation s'opère en vertu de la loi? Du moment, en effet, que *Primus*, l'un des débiteurs solidaires, se trouve créancier du créancier d'une somme égale au montant de la dette et pareillement exigible, *Primus* est libéré comme par un payement, les dettes sont éteintes malgré les parties; et si *Primus* est libéré, comment comprendre que *Secundus*, autre débiteur solidaire, soit encore obligé?

Décider le contraire, comme le fait l'article 1294, 3°, à raison des inconvénients qu'il y aurait à permettre à l'un des débiteurs

[1] Prêt à usage, n° 44.

[2] M. Zachariæ la repousse fortement, § 327, note 4.

[3] M. le conseiller Miller, dans l'article si substantiel qu'il a inséré dans l'*Encyclopédie du droit* de MM. Sebire et Carteret, v° *Comp.*, ne voit dans l'article 1293, en ce qui concerne le prêt à usage et le dépôt, qu'une application pure et simple des principes établis par l'article 1291. Il reconnaît par cela même l'inutilité et le danger de ces dispositions.

de s'immiscer dans les affaires de son codébiteur, c'est une disposition qu'on peut approuver ou blâmer en soi, ce que nous n'examinons pas ici, mais qui est assurément en contradiction avec la règle d'après laquelle s'opère la compensation [1].

Ce défaut d'harmonie n'en subsisterait pas moins, quand même on déciderait avec certains auteurs [2], ce que nous n'admettons pas, que le débiteur pourrait opposer la compensation pour la part dans la dette que doit supporter en définitive le codébiteur créancier. Chacun des débiteurs, au regard du créancier, doit le tout; et dès lors, si l'un d'eux devient créancier du créancier, toute la dette est éteinte, de même qu'un payement fait par lui pourrait être invoqué par les autres pour la totalité.

Ajoutons que ce système intermédiaire satisfait bien peu la raison; les motifs qui ont fait insérer, sur la demande du Tribunat [3], la prohibition de l'article 1294, 3°, sont, nous l'avons dit, qu'on n'a pas voulu, à tort ou à raison, que l'un des débiteurs s'immisçât dans les affaires de son codébiteur. Or, ils s'appliquent tout aussi bien au cas où l'on veut opposer la compensation en partie qu'au cas où l'on veut l'opposer pour le tout. Il faudrait, dans un cas comme dans l'autre, faire précisément ce que la loi a voulu empêcher.

Ce ne peut donc être que par une préoccupation évidente que M. Toullier a pu écrire que pour rendre l'article 1294 *plus clair*, il sera bon, lors de la révision du Code, d'en corriger la rédaction et d'ajouter à la fin : *si ce n'est pour sa part.* Ce ne serait point corriger la rédaction de l'article, ce serait dire tout le contraire de ce qu'il a voulu décider, et cela, sans faire disparaître l'antinomie de cette disposition avec l'article 1290.

Reconnaissons donc, puisqu'on parle de révision du Code, qu'il faudrait ou supprimer l'alinéa, ou, ce qui serait mieux encore selon nous, revenir au système de la compensation judiciaire, avec lequel la disposition du 3° de l'article 1294 pourrait parfaitement concorder.

L'injustice d'une conséquence rigoureuse du principe de la

[1] Duranton, 4e édit., t. XII, n° 429.
[2] Toullier, t. VII, n° 377. — Duranton, t. XII, n° 430.
[3] Locré, t. XII, p. 279, n° 57.

compensation légale a fait introduire dans l'article 1299 une seconde dérogation qu'il importe d'examiner.

Cet article porte : « Celui qui a payé une dette qui était de » droit éteinte par la compensation, ne peut plus, *en exerçant* » *la créance* dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges ou hypothèques qui » y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'i- » gnorer la créance qui devait compenser sa dette. »

Les deux créances étaient éteintes par compensation; l'un des débiteurs, par erreur ou volontairement, a payé ce qu'il ne devait plus; logiquement il n'a plus que la *condictio indebiti*. De là les conséquences suivantes : 1° si sa créance était constatée par un titre exécutoire, il ne pourra s'en servir pour exercer des poursuites; 2° si cette créance était commerciale, la réclamation néanmoins n'aura pas lieu devant les tribunaux de commerce; 3° la contrainte par corps, si elle garantissait la créance, ne pourra être exercée; 4° il ne pourra non plus exiger les intérêts que produisait la créance; 5° les hypothèques, priviléges et cautionnements seront éteints.

Ces conséquences sont fort rigoureuses et blesseraient ouvertement l'équité qui a fait introduire la compensation, dans le cas où c'est par une erreur plausible que le débiteur a payé ce qu'il ne devait plus. Le législateur l'a bien compris; aussi a-t-il ressuscité pour ce cas la créance et tous ses accessoires.

Dans le cas où le débiteur a payé sciemment ou par suite d'une erreur qu'il eût pu facilement éviter, la loi ne s'explique pas d'une manière suffisamment claire sur la position des parties. Le débiteur n'a-t-il que la *condictio indebiti*, comme le voudrait une déduction rigoureuse du principe qui anéantit les deux dettes au moment où elles se sont rencontrées, et ainsi que l'a décidé la cour de Pau [1], ou bien a-t-il son ancienne action comme paraît l'admettre le texte de l'article 1299, et comme le décide, avec raison, selon nous, l'annotateur de Zachariæ [2], sauf qu'il ne pourrait plus se prévaloir à l'égard des tiers des garanties accessoires de sa créance? Dans cette dernière opinion, beaucoup plus équi-

[1] 10 mars 1826. Dev., 27, 2, 126.
[2] Zachariæ, § 328, n° 8, t. II, p. 417.

table et plus conforme aux anciens principes, il y aurait encore une dérogation remarquable au principe de la compensation légale.

La controverse, au surplus, se rattache, sur ce point, à une question beaucoup plus large : les parties peuvent-elles renoncer à la compensation légale, soit avant qu'elle soit opérée, soit après?

Sur cette difficulté, M. Delvincourt s'exprime ainsi [1] : « Quand » la compensation est acquise, l'affirmative n'est pas douteuse; » *putà*, si l'on paye une dette éteinte par la compensation. C'est » dans cette même hypothèse qu'est rédigé l'article 1299. Il y a » également renonciation tacite à la compensation dans le fait » du débiteur qui accepte purement et simplement la cession » faite par le créancier (art. 1295); mais, dans ces différents cas, » la compensation a toujours son effet à l'égard des accessoires » de la dette [2]. » MM. Toullier et Zachariæ adoptent pleinement cette manière de voir [3].

Quant à la renonciation faite à l'avance, M. Delvincourt reconnaît qu'il y a plus de difficulté; toutefois il considère la convention comme très-valable. Mais, en ce point, son sentiment n'est pas suivi par MM. Toullier, Zachariæ et Miller [4]. Sur cette question, qui ne touche qu'indirectement à l'objet de cette recherche, nous donnerons en peu de mots notre avis. La convention de renonciation nous paraît valable et devoir empêcher d'une manière absolue les effets de la compensation légale. La clause n'a rien d'illicite et ne préjudicie à personne, puisque les tiers intéressés à l'extinction de la dette n'ont pas dû compter sur la compensation légale. L'argument que l'on tire, dans l'opinion contraire, de l'article 2220, qui défend de renoncer d'avance à la prescription, nous paraît facile à rétorquer. En effet, précisément parce que la loi défend la renonciation en cas de prescription, et qu'elle ne l'a pas fait en cas de compensation, nous ne devons

[1] Delvincourt, édit. de 1819, t. II, note 5 de la page 169.

[2] Il ne s'agit ici, dans la pensée de l'auteur, que des accessoires que des tiers auraient intérêt à faire déclarer éteints, tels que priviléges, hypothèques, cautionnements, mais nullement de ceux qui ne concernent que les parties, tels que titre exécutoire, juridiction commerciale, élection de domicile, etc. Cela résulte positivement des notes 7 de la page 168 et 9 de la page 169.

[3] Toullier, t. VII, n°s 393, 394. — Zachariæ, § 328, t. II, p. 417.

[4] Ouvrage cité plus haut, n°s 82, 84.

pas prononcer la nullité d'une clause qui n'a rien en soi de contraire à l'ordre public; au reste il n'y a pas les mêmes motifs. La renonciation à la prescription n'est défendue que parce qu'elle serait devenue de style, et, en second lieu, qu'elle ne détruit pas la présomption de payement ou de remise qui fait la base de la prescription libératoire. Il serait facile de montrer qu'aucun de ces motifs ne s'applique à la renonciation à la compensation future.

Quelque parti que l'on prenne sur cette dernière branche de la question, il paraît à peu près certain que l'on peut, au moins dans une certaine mesure, sans que cela préjudicie aux tiers, renoncer à la compensation acquise et opérée légalement. S'il pouvait, après le texte de l'article 1299 et les autorités que nous avons citées, rester quelques doutes, l'article 1295 servirait à les dissiper. Il est ainsi conçu : « Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. »

Le débiteur, d'après cet article, se trouvait dans le cas de pouvoir opposer la compensation, c'est-à-dire, dans le langage du Code, que la compensation s'était opérée par la toute-puissance de la loi. Il ne devait plus; néanmoins il a accepté le transport que son ex-créancier a fait à un tiers de bonne foi. La loi décide, avec autant d'équité que peu de logique, que le *débiteur* ne peut se prévaloir de la compensation. Les tiers le pourront sans doute, parce que le débiteur n'a pu leur enlever un droit acquis; mais là s'arrêtent les effets de la compensation; la créance éteinte à l'égard des tiers revit à l'encontre du débiteur.

Ces résultats sont la conséquence forcée du système absolu adopté par la loi. On les eût évités si l'on eût suivi la vraie théorie romaine, celle d'une compensation purement judiciaire.

Mais il ne nous suffit pas de montrer par cette recherche les imperfections de la loi; nous croyons qu'on peut tirer de la connaissance des véritables principes du droit romain une utilité pratique bien réelle.

Qu'on veuille, en effet, après s'être rappelé qu'à Rome la

compensation était judiciaire, remarquer que dans notre droit elle aura ce caractère toutes les fois, et cela arrivera souvent, que les conditions requises pour la compensation légale ne se trouveront pas réunies. Dans de pareilles circonstances, les décisions des lois romaines pourront nous être d'un grand secours pour déterminer les effets de cette compensation judiciaire ou facultative, comme l'appelle assez heureusement M. Delvincourt.

S'il est vrai, comme nous espérons l'avoir démontré, que la compensation, à Rome, ne produisait d'effets qu'autant qu'elle était opposée, il est certain qu'une fois invoquée elle rétroagissait jusqu'au jour où elle eût pu l'être? Pourquoi n'en serait-il pas de même dans notre droit pour la compensation facultative? Pourquoi les déductions que les jurisconsultes romains tiraient du principe même de la compensation, de l'équité, auraient-elles cessé d'être vraies dans notre droit?

C'est surtout en matière d'*intérêts* que la question présente de l'importance. Posons une espèce pour mieux nous faire comprendre; nous l'empruntons à M. Toullier [1].

Vous avez fait chez moi un dépôt irrégulier de 3,000 francs, j'hérite d'un parent à qui vous devez 3,000 francs, producteurs d'intérêts; un an après la mort de mon auteur, je vous demande le payement de ces 3,000 francs avec les intérêts; vous me répondez que vous êtes quitte envers moi, puisque j'ai à vous une somme de 3,000 francs longtemps avant la mort de mon parent. Je réplique, continue M. Toullier, que la compensation n'a point lieu dans le cas de dépôt, qu'ainsi les intérêts n'ont cessé de courir que *du jour où vous avez déclaré vouloir compenser* la somme déposée avec celle que vous me devez.

La solution est vraie si, en effet, la cessation du cours des intérêts n'est qu'une conséquence de la compensation légale, n'a lieu qu'au moment où l'extinction réciproque des dettes s'opère; mais elle est complétement inexacte si nous devons la considérer comme un effet rétroactif que l'équité fait produire à la compensation. Rappelons-nous, en effet, que dans les actions *stricti juris* la compensation n'avait lieu, au temps de Septime-Sévère,

[1] T. VII, n° 385.

qu'au moyen de l'exception de dol, et que néanmoins cet empereur voulut que le cours des intérêts s'arrêtât du jour de l'exigibilité des deux créances [1]. Il est juste que les deux parties soient dans la même position que si elles avaient été exactes à remplir leurs obligations. L'illustre professeur de Rennes le comprend parfaitement, car, en donnant la solution que nous avons combattue, il dit dans une note : « *Cela est conforme à la loi, mais cette loi est-elle bien juste* [2]? Pour nous, au contraire, nous pensons que le déposant, dans notre espèce, aurait le droit en opposant la compensation d'en reporter les effets au jour où le dépositaire est devenu son créancier, et de dire avec l'empereur Alexandre-Sévère [3] : *Æquitas compensationis computationem usurarum excludit*, parce que, dans notre système, cette suspension du cours des intérêts a une tout autre base que la compensation légale. Le Code n'a point parlé de la compensation facultative, il ne l'a point réglementée; nous sommes donc autorisés à lui appliquer les principes que nous reconnaîtrions les plus justes, surtout quand ils sont appuyés de la loi romaine.

La question de savoir si la compensation facultative produit un effet rétroactif au jour où elle eût pu être opposée, à l'imitation de la compensation romaine, présente encore de l'intérêt au point de vue de la *prescription*.

Si le temps requis pour la prescription de la première dette était déjà écoulé au moment où la seconde dette est devenue exigible, point de difficulté : la première dette ne l'était plus au moment où la compensation eût pu s'opérer; la seconde dette sera donc réclamée sans que le débiteur puisse se prévaloir de la créance qu'il avait laissé prescrire depuis longtemps.

Mais si la prescription n'était pas encore accomplie au moment où la seconde dette est devenue exigible, sera-t-elle suspendue par l'effet rétroactif de la compensation? Posons une espèce. Vous me devez 10,000 francs exigibles depuis le 1er janvier 1815, mon oncle vous devait 10,000 francs payables le 1er janvier 1840; je suis devenu son héritier en 1841, mais je n'ai ac-

[1] Fr. 11.
[2] T. VII, n° 385, note.
[3] Const. 5.

cepté sa succession que sous bénéfice d'inventaire. En 1846 vous me demandez, en ma qualité d'héritier bénéficiaire, les 10,000 francs que vous doit la succession de mon oncle; je puis vous opposer en compensation les 10,000 francs que vous me devez depuis 1815, c'est-à-dire depuis plus de trente ans. Car cette même compensation j'eusse pu l'opposer en 1841, époque à laquelle ma créance n'était point prescrite.

La compensation légale ne s'est point opérée en 1841, à cause du bénéfice d'inventaire qui a empêché la confusion du patrimoine de mon oncle et du mien; mais, du moment que je renonce à me prévaloir de l'obstacle que ma qualité d'héritier bénéficiaire apportait à la compensation, et que je l'oppose, elle doit rétroagir jusqu'au jour de l'exigibilité et tenir lieu d'un payement qui eût été fait à ce moment. Or, à ce moment, ma créance existait encore.

Cette solution, moins incontestable au surplus que la première, est encore contredite par les auteurs [1], qui refusent tout effet rétroactif à la compensation judiciaire, convaincus qu'ils sont que la compensation légale seule peut justifier de pareils résultats [2].

En matière de faillite l'erreur que nous reprochons aux auteurs modernes aurait aussi produit de fâcheux résultats, si la pratique commerciale n'avait pas su les éviter par d'ingénieux détours. Donnons un exemple.

La loi, on le sait, exige, pour qu'il y ait compensation, que les dettes soient liquides. D'où il résulte que si, débiteur d'un marchand pour fournitures ou travaux divers non réglés, non liquidés, je lui en fais moi-même, comptant me libérer par compensation, je serai, en cas de faillite de ce marchand, obligé de payer ce que je lui dois, sauf à venir, pour ma créance, toucher mon dividende dans la faillite.

[1] Toullier, t. VII, nos 396, 397. — Zachariæ, § 328.

[2] La cour de Lyon, par arrêt du 18 mars 1831 (Dev., 31, 2, 229), a décidé que la compensation facultative ne rétroagissait pas au préjudice des tiers, par exemple de ceux qui auraient acquis l'une des créances avant que la compensation fût opposée.

Nous adhérons volontiers à cette décision, car il ne serait point conforme à l'équité de faire remonter les effets de la compensation au détriment des tiers de bonne foi.

Ce résultat choque ouvertement l'équité, puisqu'il détruit l'attente légitime que j'avais fondée sur la compensation. Aussi a-t-il été repoussé par la coutume commerciale, qui nous présente les décisions suivantes.

Elle reconnaît premièrement que les créances respectives entre commerçants, résultant d'opérations faites entre eux, constituent un *compte courant* dans lequel la compensation a lieu de droit, nonobstant la non-liquidité de la dette [1].

En second lieu, lorsque les dettes procèdent de la même cause, par exemple, la dette d'une prime d'asurance et la dette résultant du dommage survenu aux objets assurés, elle admet également la compensation, quoique cette dernière dette ne soit pas liquide.

Ces décisions sont assurément pleines de sagesse et fondées sur les véritables notions du droit de compenser; mais on ne saurait s'empêcher de ne les considérer que comme des déviations du système de la compensation légale; c'est revenir à la compensation judiciaire. Au reste, nous sommes convaincu que l'on peut parfaitement, même en présence des principes actuels, maintenir ces solutions, parce qu'en effet la loi n'a réglementé nulle part les effets de la compensation opposée en justice, et que c'est alors à la doctrine qu'il appartient de déterminer les cas où elle peut avoir lieu et ses effets. Seulement il ne faut point invoquer les articles 1289 et suivants, mais plutôt reconnaître avec franchise qu'il ne s'agit plus alors de compensation légale.

Les développements détaillés dans lesquels nous avons été obligé d'entrer sur la nature primitive de la compensation, sur sa transformation et sur ses effets, tant dans l'ancien que dans le nouveau droit, nous font une nécessité de résumer dans des conclusions rapides les résultats de cette recherche.

Si, comme nous le croyons fermement, la proposition dominante que nous avons essayé d'établir dans notre première partie est vraie, si la compensation, telle qu'elle était organisée définitivement dans le corps de droit de Justinien, n'a jamais été légale,

[1] M. Pardessus, t. I, n° 1125; t. II, n°s 379, 486. — M. Frémery, Études comm., p. 375. — Cour de Bordeaux, arrêt du 3 décembre 1827.

nous devons en tirer pour notre droit français, soit au point de vue critique, soit quant aux applications journalières du droit, les conséquences suivantes :

Au point de vue critique, nous nous expliquons facilement comment le législateur, en empruntant au droit romain toutes les décisions de quelque importance en cette matière, décisions fort raisonnables dans cette législation, a introduit dans notre droit des dispositions incompatibles pour la plupart avec la théorie nouvelle.

Spécialement nous voyons comment les rédacteurs ont exigé pour la compensation la condition de liquidité, uniquement parce qu'elle était nécessaire en droit romain, quoique cette condition ne puisse pas logiquement se combiner avec l'idée que la compensation a lieu à l'insu des parties ;

Comment on a excepté des règles de la compensation les cas de dépôt, de commodat, de spoliation, parce que ces exceptions, utiles en matière de compensation judiciaire, se trouvaient dans le droit romain, bien qu'à peine on puisse dans notre droit comprendre le sens de ces exceptions.

Enfin on s'explique que le législateur ait dû, dans les articles 1294, 3°, 1298 et 1299, reculer devant les conséquences de son propre système; dérogations dont on ne trouve aucune trace dans le droit romain, parce qu'en effet elles n'y étaient pas nécessaires.

Si nous insistons sur cette appréciation critique de la loi, ce n'est pas que nous songions à l'utilité qu'elle pourrait avoir pour une révision du Code; une pareille réforme, surtout dans une matière que l'on est habitué à considérer comme des plus heureusement traitées, est tellement improbable, et présenterait du reste avec notre pratique parlementaire de si grandes difficultés, que nous n'avons pas dû envisager sérieusement ce résultat. Mais nous pensons que ce n'est pas posséder l'intelligence complète de la loi que de ne pas avoir une connaissance approfondie de la cause de ses erreurs. La conscience du mal, en pareille matière, nous paraît le meilleur moyen d'en atténuer les effets; et c'est là, ce nous semble, que se trouve le germe du meilleur système d'interprétation.

Quant aux applications journalières du droit, nous ferons résulter de cette recherche un principe important.

La compensation n'était que judiciaire à Rome; mais telle qu'elle était, elle avait reçu des développements éminemment raisonnables. Nous devrons nous les approprier dans tous les cas où, par suite du défaut d'une condition nécessaire pour que la compensation ait lieu de droit, elle sera purement facultative; spécialement, nous pensons que, dans la plupart de ces cas, la compensation une fois invoquée devra rétroagir dans ses effets entre les parties jusqu'au jour où elle aurait pu être opposée, suivant en cela les applications si sages que la jurisprudence romaine avait données en cette matière aux principes de l'équité.

FRÉDÉRIC DURANTON.

Comparaison de la délégation faite au mari par la femme qui veut se constituer une dot, et de la délégation faite à un créancier par son débiteur.

Par M. PELLAT, professeur à la Faculté de droit de Paris [1].

La dissertation que nous allons présenter roule tout entière sur l'interprétation de la *loi* 41, § 3, *D.*, *De jure dotium* (PAULUS, *libro XXXV ad Edictum*), dont voici le texte :

§ 3. Si a debitore mulieris sub conditione dos promittatur, et postea, sed antequam maritus petere

§ 3. Si un débiteur de la femme promet la dot sous condition, et qu'ensuite, mais avant que le mari

[1] La dissertation suivante est extraite d'un ouvrage que M. Pellat, professeur à la Faculté de droit de Paris, doit publier prochainement sous ce titre : *Textes du droit romain sur la dot, traduits et commentés.*

Cette discussion, élevée par un romaniste tel que M. Pellat sur une matière délicate, où les doctrines des jurisconsultes romains sont encore applicables à notre législation actuelle, nous a paru de nature à intéresser les lecteurs de la *Revue*. On verra que le savant professeur réfute, en terminant, une opinion de Cujas, combattue par Despeisses et adoptée par Pothier, qui a été la source d'une disposition de notre Code civil, peu conciliable avec les principes de la novation.

(*Note des directeurs de la Revue.*)

posset, debitor solvendo esse desierit, magis periculum ad mulierem pertinere placet; nec enim videri maritum nomen secutum eo tempore quo exigere non poterit (*a*). Quod si jam tunc debitor, quum sub conditione promitteret, solvendo non fuerit, periculum viri esse, quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuerit.

(*a*) Hal. : *quo exigi non potuerit.*

puisse agir, ce débiteur ait cessé d'être solvable, je suis porté à décider que cette perte est pour la femme; car le mari n'est point censé avoir pris à son compte cette créance dans un temps où il ne pouvait l'exiger. Que si le débiteur était déjà insolvable lorsqu'il promettait sous condition, la perte est pour le mari, puisque, sciemment, il a pris pour bonne la créance telle qu'elle était au temps où a été contractée l'obligation.

Il est ici question d'un debiteur de la femme qui, délégué par celle-ci, promet par stipulation au mari comme dot ce qu'il devait à la femme. Sur qui retombera la perte résultant de son insolvabilité? sur le mari ou sur la femme?

Pour comprendre la solution donnée à cette question par notre jurisconsulte et les termes qu'il emploie, il est nécessaire d'exposer en peu de mots les principes de la délégation.

Lorsque, Primus étant débiteur de Secundus, et Secundus débiteur de Tertius, Secundus, pour se libérer envers son créancier Tertius, lui délègue son débiteur Primus, et qu'en conséquence Tertius stipule de Primus avec intention de faire novation, Primus devient débiteur de Tertius et cesse d'être débiteur de Secundus, comme celui-ci cesse d'être débiteur de Tertius. Si la stipulation entre Tertius et Primus est conditionnelle, la novation ne s'opérera qu'autant que la condition s'accomplira.

Secundus étant libéré envers Tertius, qui a désormais pour débiteur Primus, la perte qui pourra résulter de l'insolvabilité de celui-ci sera pour Tertius; il a voulu courir ce risque en prenant un nouveau débiteur en place de l'ancien; il a pris ce nouveau débiteur pour bon, il a suivi sa solvabilité : *bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum*, dit Paul [1]; *nomen ejus secutus est*, dit-il encore [2]. Le délégant est censé avoir

[1] *L.* 26, § 2, *D., Mandati.*
[2] *L.* 45, § 7, *eodem.*

payé ce qu'il devait, le délégataire est censé avoir reçu de lui l'argent dû et l'avoir prêté au délégué : *qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur, quanta ei debetur*, dit Julien [1]; *creditor, qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit... nullam actionem cum eo qui liberatus est habebit*, dit Papinien [2].

Ainsi, la règle générale est que, en cas d'insolvabilité du délégué, le délégataire n'a point de recours contre le délégant.

Cette règle souffre exception quand il a été convenu expressément ou tacitement que la délégation se faisait aux risques du délégant, c'est-à-dire que le délégant répondrait de la solvabilité du délégué : alors le délégataire qui n'aura pas pu se faire payer par le délégué aura l'action *mandati contraria* contre le délégant. C'est un de ces cas où le mandat est dans l'intérêt du mandataire en même temps que dans l'intérêt du mandant. Voici comment s'exprime à ce sujet Paul [3] dans deux textes qui méritent d'être rapportés :

« Interdum evenit, ut meum negotium geram, et tamen utilem habeam mandati actionem, veluti quum debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat..... nam quamvis debitum meum persequar, nihilominus et illius negotium gero; igitur quod minus servavero, consequar mandati actione. »

« Il arrive parfois que je fais ma propre affaire et que cependant j'ai utilement [4] l'action du mandat, par exemple, quand mon débiteur me délègue son débiteur à ses risques; car, bien que je poursuive mon dû, je gère néanmoins aussi son affaire; par conséquent, ce que je n'aurai pas pu retirer (du délégué), je l'obtiendrai par l'action du mandat (contre le délégant). »

« Quod mihi debebas, a debitore [5] stipulatus sum periculo tuo; posse me agere tecum mandati in id quod minus ab illo servare potero Nerva et Atilicinus aiunt, quamvis id mandatum

[1] *L.* 18, *D., De fidejuss.*
[2] *L.* 68, § 1, *D., De evict.*
[3] *L.* 22, § 2; *L.* 45, § 7, *D., Mandati.*
[4] *Utilem habeam mandati actionem* signifie ici non pas que *j'ai l'action utile du mandat*, mais que *je puis intenter efficacement l'action du mandat.*
[5] Hal., Vulg. ajoutent : *tuo.*

ad tuam [1] rem pertineat; et merito : tunc enim liberatur is qui debitorem delegat, si nomen ejus creditor secutus est, non quum periculo debitoris ab eo stipulatur. »

« Ce que vous me deviez, je l'ai stipulé de votre débiteur à vos risques : je puis agir contre vous par l'action du mandat pour ce que je n'aurai pu obtenir de lui, suivant Nerva et Atilicinus, quoique ce mandat concerne ma propre affaire (de moi mandataire). Cette décision est juste; car celui qui délègue son débiteur est libéré seulement lorsque le créancier a pris pour bon ce débiteur délégué, et non lorsqu'il a stipulé de lui aux risques du débiteur délégant. »

Observez cependant que le délégant ne répondra de la solvabilité du délégué, en vertu de la convention qui la met à ses risques, qu'autant qu'il ne pourra pas reprocher au délégataire de n'avoir point fait les diligences qui auraient pu lui procurer son payement pendant que le débiteur délégué était solvable; car le mandataire ne peut pas se faire indemniser de ce qu'il a perdu par sa faute. On appliquerait alors ce que dit Modestin [2] : « Periculum nominum ad eum cujus culpa deterius factum probari potest pertinet. »

Sur cette règle générale et sur l'exception qu'elle souffre, tous les auteurs sont d'accord [3].

Maintenant, le mari qui, sur la délégation de sa femme, a stipulé d'un débiteur de celle-ci, se trouve-t-il dans la règle, ou dans l'exception, c'est-à dire, a-t-il pris sur lui les risques de la solvabilité du débiteur, ou ne les court-il qu'autant qu'on peut lui imputer de la négligence dans le recouvrement?

Sur ce point, les auteurs se divisent.

Les uns [4] pensent que le mari délégataire est dans l'exception,

[1] Hal., Fab., Gothofr. : *meam*, et avec raison.

[2] *L.* 35, *D.*, *De reb. cred.*

[3] *V.* entre autres, Pothier, *Traité des obligations*, n° 604; Hasse, *Die Culpa des Römischen Rechts*, 2e éd., p. 436; Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 494, p. 497 de la 3e édit.; Warnkönig, *Commentarii juris romani privati*, §§ 524 et 526, t. II, p. 141 et 143; Meyerfeld, *Ueber die Verantwortlichkeit des Ehemannes in Bezug auf eine ihm versprochene* dos oder in dotem *gegebene Forderung*, dans le *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, t. VII, p. 124.

[4] Entre autres, Hasse, *Die Culpa*, ch. XII, n° IX, p. 436 de la 2e éd.;

c'est-à-dire que la délégation est toujours réputée faite aux risques de la femme, et que l'insolvabilité du débiteur délégué ne retombe sur le mari que s'il a été négligent à poursuivre, à moins que le mari n'ait pris les risques pour son compte.

Les autres [1] sont d'avis que le mari reste dans la règle générale, et qu'ainsi l'insolvabilité du débiteur délégué sera à la charge du mari délégataire, à moins que la femme n'ait fait la délégation à ses risques et périls, cas auquel le mari ne répondra plus de l'insolvabilité du débiteur que s'il a négligé de le poursuivre en temps utile.

On dit, pour la première opinion, que le mari, à qui la femme délègue son débiteur pour se constituer une dot, n'est pas dans la position d'un créancier à qui le débiteur délègue son propre débiteur pour se libérer de sa dette.

Il s'agit pour le créancier de recevoir le payement de ce qui lui est dû et de libérer son débiteur en prenant, à sa place, un nouveau débiteur, avec qui seul il aura affaire désormais.

Il s'agit pour le mari de recevoir une dot, et de s'obliger à la restituer (au moins dans certains cas) à la femme, après qu'elle aura subvenu aux charges du mariage; or, pour savoir ce que le mari doit restituer, il faut examiner ce qu'il a réellement reçu ou ce qu'il a manqué de recevoir par sa faute; il est donc naturel qu'il ne coure pas la chance de l'insolvabilité du débiteur délégué; la convention que la délégation se fait aux risques et périls de la femme est donc ici sous-entendue.

On dit, pour la seconde opinion, que rien, dans les textes relatifs à la délégation *dotis causa*, n'annonce qu'on abandonne la règle : *qui admittit debitorem delegatum, nomen debitoris sequitur;* qu'il existe même un texte d'Ulpien qui prouve que cette règle y est observée, à moins de convention contraire; c'est la ***L. 6, D., De pactis dotalibus :***

« Pomponius ait maritum non posse pacisci ut dolum solummodo in dotem præstet, videlicet propter utilitatem nubentium,

Glück, *Pand.*, t. XXV, p. 34; Warnkönig, *Comm. jur. rom.*, § 854, t. III, p. 53; Tigerström, *Dotal-Recht*, § 33, p. 341 et suiv.

[1] Par exemple, Mühlenbruch, *Cession der Forderungsrechte*, § 38, p. 425 de la 2[e] éd., p. 433 de la 3[e] éd.; Meyerfeld, dissert. citée, *Rhein. Mus.*, t. VII, p. 125 et suiv.; Vangerow, *Pandekten*, § 217.

quamvis pacisci possit ne sit periculo ejus nomen debitoris qui ei dotem promisit; nam et[1] *ut sit dos periculo mulieris pacisci eum posse probat*, et per contrarium, ut ea dos quæ periculo mulieris est sit periculo mariti. »

« Pomponius dit que le mari ne peut convenir qu'il répondra seulement de son dol relativement à la dot, parce que l'intérêt des femmes s'y oppose, *quoiqu'il puisse convenir que la créance contre le débiteur qui lui a promis la dot ne sera pas à ses risques; car il est d'avis que le mari peut convenir que la dot sera aux risques de la femme*, et, en sens inverse, que la dot qui est aux risques de la femme sera aux risques du mari. »

On argumente ainsi de ce texte : s'il était vrai que la *delegatio dotis causa* est réputée faite aux risques de la femme, on ne dirait pas ici qu'on peut convenir que la créance contre le débiteur qui a promis la dot ne sera pas aux risques du mari et sera aux risques de la femme; ce pacte serait superflu.

Malgré la force de ce dernier argument, je préfère la première opinion. Voici mes motifs.

Le point de vue du créancier et celui du mari sont tout différents.

Le créancier prend en payement une nouvelle créance en place de l'ancienne, qui est éteinte par novation : désormais il court la chance de l'insolvabilité du nouveau débiteur, comme auparavant il courait la chance de l'insolvabilité de l'ancien débiteur. Pour rejeter cette chance sur une autre personne, il faut un convention spéciale.

Au contraire, le mari n'a pas en vue de mettre fin à un rapport antérieur, mais d'en commencer un, de se constituer, en recevant une dot, éventuellement débiteur de sa restitution. Il s'agit donc de savoir ce qu'il aura à restituer, et pour cela d'examiner ce qu'il a reçu.

A-t-il été payé par le débiteur délégué, il rendra la somme ou la chose qui lui a été livrée.

N'a-t-il pas été payé, il rendra ce qu'il a, sa créance contre le débiteur, en faisant cession de son action, à moins qu'on ne

[1] Hal. n'a pas : *et*.

puisse lui reprocher de n'avoir pas exigé le payement dans un moment où le débiteur était en état de le faire.

De même que, pour les choses corporelles reçues en dot par le mari, bien qu'il en soit devenu propriétaire, il n'en supporte pas la perte, à moins qu'il n'y ait faute de sa part; de même, pour les créances, bien qu'il soit devenu lui-même créancier par la délégation (*a fortiori* s'il est devenu seulement *procurator in rem suam*, par une cession [1], comme nous le verrons plus loin), la perte n'est pas à sa charge, sauf également le cas de faute. S'il se libère de l'obligation de rendre la dot à sa femme en restituant ce qui reste de la chose, les débris ou l'action contre celui qui l'a dérobée ou détruite, il se libère également en restituant ce qui reste de la créance, l'action contre le débiteur peu ou point solvable.

Il en est autrement quand le mari a assumé sur lui tous les risques, en prenant la créance pour son compte, quand *secutus est nomen debitoris*. Ceci est, pour le mari, à l'inverse du créancier, un cas exceptionnel qui ne se présume pas et résulte de circonstances particulières.

Par exemple, il a connu l'état d'insolvabilité du débiteur et a néanmoins accepté la délégation. (Cet exemple est rapporté par Paul dans notre *L.* 41, § 3.)

Ou bien il a fait crédit au débiteur en recevant de lui des intérêts. (*V.* ci-après Paul, *L.* 71.)

Ou bien il a, sans consulter sa femme, fait novation ou acceptilation avec la personne qui avait promis la dot. (*V.* ci-dessus Ulpien, *L.* 35, et ci-après Julien, *L.* 49.)

Presque tous les textes sont favorables à notre opinion; ils partent, comme d'un point indubitable, de cette idée que le risque est pour la femme quand il n'y a rien à imputer au mari [2]; celui qui y paraît le plus contraire, la *L.* 6, *D.*, *De pact. dot.*,

[1] *V.* Paul, *L.* 49, *D.*, *Sol. matr.* — Il en est différemment de l'acheteur d'une créance, qui prend sur lui les risques, *emptor bonum nomen facit*, puisque le vendeur ne garantit pas la solvabilité du débiteur, mais seulement l'existence de la créance : *venditor nominis locupletem esse debitorem non debet præstare, debitorem autem esse præstat, nisi aliud convenit.* *V.* Ulpien, *L.* 4, *D.*, *De her. vel. act. vend.*

[2] *V.* entre autres, *L.* 33, *L.* 35, *L.* 49, *D.*, *h. t.*

que nous citions tout à l'heure, peut s'entendre des cas où, d'après les circonstances, le mari aurait paru se charger des risques, *sequi nomen*, par exemple, du cas où, en recevant la délégation, il savait que le débiteur délégué était insolvable, ou du cas où il voudrait lui accorder un délai; dans ces cas ou autres semblables, il lui est utile de convenir que les risques ne seront pas pour lui, mais pour la femme.

Les partisans de l'opinion qui applique au mari délégataire la règle, *delegatarius sequitur nomen delegati*, sont conduits par les textes à admettre deux exceptions, qu'il me semble impossible de justifier.

1° Ils admettent que la règle ne s'applique pas au cas où le débiteur délégué doit une *espèce* [1]. Ils se fondent sur la *L.* 56, *pr.*, *D.*, *h. t.*, où Paul dit que, si un débiteur, qui doit à la femme l'esclave Stichus, a été délégué *in dotem*, et que cet esclave vienne à mourir, sans que le débiteur soit en demeure de payer, ni le mari en demeure d'agir, la perte est pour la femme. Ces auteurs donnent pour toute raison que, relativement au débiteur d'une *species*, d'une chose corporelle individuellement déterminée, il ne peut pas être question de *nomen sequi* dans le même sens que pour le débiteur d'une somme [2]. Pourquoi donc? Est-ce que, dans la délégation faite à un créancier, le débiteur délégant n'est pas libéré définitivement par novation, quel que soit l'objet dû par le débiteur délégué? Qu'importe qu'à raison de la nature de l'objet dû, ce nouveau débiteur puisse être libéré par un événement (la perte fortuite) qui n'aurait pu se présenter si l'objet dû eût été autre (une quantité)? Pourquoi le créancier délégataire ferait-il retomber sur le débiteur primitif la perte du corps certain plutôt que l'insolvabilité du nouveau débiteur? Si dans la *L.* 56 la perte est pour la femme, c'est qu'on part d'un principe différent, à savoir que le mari est tenu seulement de ce qu'il a reçu ou manqué de recevoir par sa faute; aussi ne s'occupe-t-on que de savoir si le mari *moram fecit*, et non si *nomen secutus est*.

[1] Mühlenbruch, *Doctr. Pand.*, § 528 (t. III, p. 45); Meyerfeld, *l. c.*, p. 121, 122.

[2] Meyerfeld, *l. c.*, p. 122 : « Denn von dem *nomen sequi* in dem Sinne, wie beim *summæ debitor*, kann bei dem Schuldner einer speciellen (individuell bestimmten — einzelnen körperlichen) Sache nicht die Rede sein. »

2° L'autre exception que les auteurs que nous combattons admettent à la règle *delegatarius sequitur nomen delegati*, est relative au cas où le débiteur délégué promet au délégataire sous une condition, et devient insolvable avant que la condition soit accomplie [1]. Ils puisent cette exception dans notre *L.* 41, § 3, à laquelle ceci nous ramène, et ils l'appliquent expressément à la délégation en général [2]. « Le mari, disent-ils, peut avoir eu, au temps de la promesse, de très-bonnes raisons de se confier au débiteur; si celui-ci cesse, *pendente conditione*, d'être solvable, on ne peut pas l'imputer au mari. Le mari *doit savoir quelle est la position* du promettant au temps de la promesse; *il ne peut pas prévoir ce qu'elle deviendra plus tard* [3]. »

En vérité, je ne comprends pas cette raison : pourquoi ne peut-il pas prévoir qu'un débiteur peut devenir insolvable? est-ce un événement si rare? N'est-il pas au contraire plus facile de *prévoir* la possibilité d'une insolvabilité future que de *connaître* exactement la solvabilité ou l'insolvabilité actuelle? Mais admettons pour un instant, avec ces auteurs, que la prévision de l'insolvabilité future du débiteur délégué est impossible quand il a promis sous condition : comment devient-elle possible quand il a promis à terme ou purement et simplement? et cependant, selon eux, le créancier délégataire n'est déchargé des risques de l'insolvabilité future du délégué que dans le cas de la promesse conditionnelle.

D'ailleurs, comment ce raisonnement viendrait-il justifier une exception à l'effet ordinaire de la délégation faite par un débiteur à son créancier? La novation ne s'opère-t-elle pas, quoique l'obligation contractée par le délégué envers le délégataire soit conditionnelle? Seulement, elle ne s'opère alors, et l'obligation pri-

[1] Mühlenbruch, *Doctr. Pand.*, § 528 : « Si delegatione transferuntur nomina, periculum fere est mariti, præterquam si aut species debita sit, aut sub conditione dos a mulieris debitore promittatur. » — Meyerfeld, *l. c.*, p. 133; Vangerow, *l. c.*

[2] Mühlenbruch, *ibid.*, § 494 (t. II, p. 497) : « Est vero hæc potissimum delegationis vis, ut facta delegatione periculo sit delegatarii nomen, nisi aut in se illud delegans recepit, aut *antequam existat conditio delegandi, solvendo esse desierit debitor.* » — Meyerfeld, *l. c.*, p. 133.

[3] Meyerfeld, *l. c.* : « Der Mann *soll wissen*, wie es zur Zeit der *promissio* mit dem *promissor stehe*; wie es mit diesem *nachher gehen werde*, *kann* er *nicht vorhersehen.* »

mitive n'est éteinte, qu'autant que la condition de la nouvelle obligation s'accomplit [1]. Mais si cette novation, si cette libération du premier débiteur dépend de l'existence, de la *validité* de la nouvelle créance, elle ne dépend pas de sa *bonté*. Que le nouveau débiteur soit ou non solvable, pourvu qu'il soit vraiment débiteur, le premier débiteur est libéré [2]; et même, dans le cas où la délégation s'est faite aux risques du délégant, ce n'est pas l'ancienne obligation de celui-ci qui revit si le délégué devient insolvable, c'est une obligation nouvelle qui naît du mandat donné par le délégant au délégataire.

Notre *L.* 41, § 3, ne contient rien qui indique que la délégation conditionnelle fasse exception à la règle qui, dans une délégation pure, mettrait de droit les risques de l'insolvabilité à la charge du délégataire. Au contraire, on se demande si le mari délégataire paraît, par sa conduite, en accordant crédit au débiteur, avoir pris sur lui ces risques : ce qui prouve bien qu'on part de l'idée que la délégation pour cause de dot n'impose pas de droit ces risques au mari. On répond que, si le débiteur est devenu insolvable avant que le mari pût demander, c'est-à-dire avant l'accomplissement de la condition, les risques sont pour la femme; car, puisque le mari ne pouvait pas agir, on ne saurait induire de son inaction qu'il a eu confiance dans le débiteur, qu'il lui a fait crédit : *nec enim videri maritum nomen secutum* [3]. Si, au contraire, le débiteur était déjà insolvable au moment où il a promis, le mari, en acceptant la délégation d'un semblable

[1] Gaius, *Inst.*, III, § 179 : « Quod autem diximus, si conditio adjiciatur novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem si conditio exstiterit : alioquin si defecerit, durat prior obligatio. » — Ulpien, *L.* 14, *pr.*, *D.*, *De novat. et delegat.* : « Quotiens quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum quum conditio exstiterit. »

[2] Gordien, *L.* 3, *C.*, *De novat. et delegat.* : « Si, delegatione facta, jure novationis tu liberatus es, frustra vereris ne, eo quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, quum per verborum obligationem, voluntate novationis interposita, a debito liberatus sis. »

[3] La scolie du texte des Basiliques correspondant à notre paragraphe (XXIX, 1, 37, t. III, p. 376) traduit *nomen sequi* par se charger des risques de la créance : Ἤρεσε τὴν γυναῖκα μᾶλλον τὴν ἐντεῦθεν ζημίαν ὁρᾶν· ἐπειδὴ μὴ δοκεῖ ὁ ἀνὴρ τὸν κίνδυνον ἀναδέξασθαι τοῦ γραμματείου κατὰ τὸν καιρὸν, ἐν ᾧ τὸ χρέος ἀπαιτεῖν οὐκ ἠδύνατο. « On a décidé que le dommage qui en résultait regarde plutôt la femme, puisque le mari ne paraît pas s'être chargé des risques du billet dans un temps où il ne pouvait pas exiger la dette. »

débiteur, dont il connaissait la position, l'a pris pour bon, a assumé la responsabilité, pourvu qu'il l'ait fait dans l'espérance que la position du débiteur délégué s'améliorerait par la suite, qu'il recouvrerait les moyens de payer; car, si c'était dans l'intention de faire à la femme une donation, les donations entre époux étant nulles, il se serait inutilement chargé des risques pour toute la partie de la dette que le débiteur était, dès l'instant de la délégation, hors d'état de payer, comme le dit Neratius, *L.* 53, *h. t.* [1].

Il n'y a en ceci rien de particulier à la délégation conditionnelle : quand un débiteur insolvable, délégué par la femme, promet au mari, avec ou sans condition, les risques passent au mari s'il connaît l'insolvabilité (pourvu qu'il n'ait pas l'intention de donner), restent pour la femme s'il l'ignore. Au contraire, dans la délégation faite à un créancier, avec ou sans condition, l'insolvabilité actuelle du débiteur délégué est aux risques du créancier délégataire, qu'il l'ait connue ou ignorée, sauf son recours contre le délégant par l'action *de dolo* ou par l'action *mandati* si celui-ci l'avait trompé ou avait pris sur lui les risques.

Je ne saurais donc approuver une exception à la règle de la délégation, que Cujas tire de notre texte [2] et que Pothier [3] est bien tenté d'admettre après lui, malgré l'avis contraire de Despeisses, tout en reconnaissant que cet avis est plus conforme

[1] Cette explication, qui concilie deux textes, en apparence contraires, *L.* 41, § 3, et *L.* 53, est donnée par une scolie des Basiliques, XXIX, 1, 37 (t. III, p. 376) : Θὲς, ὅτι ὁ ἀνὴρ, ὡς τεθεμάτισται, εἰδὼς μὲν ἄπορον ὄντα ἐπηρώτησεν, οὐ διαθέσει δὲ δωρουμένου, τουτέστιν, οὐχ ὡς βουλόμενος δωρήσασθαι τῇ γυναικί. « Supposez que le mari a stipulé sachant, il est vrai, comme il est dit, que le débiteur est insolvable, mais sans intention de donner, c'est-à-dire, ne voulant pas faire une donation à sa femme. » (*V.* encore une scolie que nous citerons sur la *L.* 53.)

Elle a été adoptée par Cujas, *Comm. in lib. XXXV Pauli ad Edict.*, *ad L.* 43, § 1, *h. t.* (t. V, p. 541); par Glück, *Pand.*, t. XXV, p. 43, note 12; par Meyerfeld, *l. c.*, p. 130.

[2] *Comm. in lib. XXXII Pauli ad Edict.*, *ad L.* 26, § 2, *D.*, *Mandati* (t. V, p. 465).

[3] *Traité des oblig.*, n° 604. — Cette opinion de Cujas et de Pothier est la source de l'exception admise par notre Code civil, art. 1276 : « Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne la réserve expresse, *ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation.* »

aux principes du droit[1]. Pothier formule ainsi cette exception : « Quoique la délégation n'ait pas été faite à la charge qu'elle serait aux risques du délégant, néanmoins si, dès le temps de la délégation, l'insolvabilité du débiteur délégué était arrivée, et ignorée du créancier, le délégant en devrait être tenu. »

Une semblable exception ne peut être légitimement déduite de notre *L.* 41, § 3. Si, dans l'espèce qu'elle présente, les risques de l'insolvabilité actuelle du débiteur délégué ne sont supportés par le mari délégataire qu'autant qu'il a connu cette insolvabilité, et restent à la charge de la femme dans le cas contraire, cela tient, je le répète, à ce que, de droit commun, la responsabilité de ces risques pèse sur la femme, et n'est imposée au mari qu'autant qu'il l'a assumée par sa volonté, ou encourue par sa faute. Il en est autrement du créancier délégataire : il prend de droit à sa charge l'insolvabilité du débiteur délégué, en libérant le débiteur délégant, à moins qu'il n'y ait convention contraire, ou dol du délégant.

C.-A. PELLAT.

[1] « Despeisses rejette le sentiment de Cujas, et prétend qu'à moins qu'il n'ait été expressément convenu que le délégant déléguait à ses risques, *suo periculo*, le créancier ne peut jamais se plaindre de l'insolvabilité du débiteur qui lui a été délégué et qu'il a bien voulu accepter, quelque ignorance qu'il allègue en sa faveur. Sa raison est qu'autrement la délégation n'aurait jamais l'effet de libérer le délégant, qui est l'effet qu'elle doit avoir par sa nature, puisque le créancier dirait toujours qu'il a ignoré l'insolvabilité du débiteur qu'on lui a délégué.

» Ces raisons peuvent faire rejeter, dans le for extérieur, l'opinion de Cujas; mais elle me paraît indubitable dans le for de la conscience. »

TRAITÉ DES ÉTABLISSEMENTS DANGEREUX, INSALUBRES ET INCOMMODES; par M. St. Ch. Clérault, avocat aux conseils du roi et à la cour de cassation.

Compte rendu par M. ADRIEN HAREL.

La matière des établissements dangereux, insalubres et incommodes est encore aujourd'hui réglementée par le décret du 15 octobre 1810, que des ordonnances royales sont venues successivement compléter.

Il était d'autant plus utile de réunir et de coordonner les divers éléments de la législation et de la jurisprudence sur cette matière, que depuis 1832 elle n'a donné lieu à aucun traité particulier.

Une loi destinée à régir cette branche de notre législation industrielle est depuis longtemps promise. Les progrès de l'industrie, en ouvrant une voie nouvelle aux établissements dont il s'agit, l'ont rendue tout à fait nécessaire.

Ce n'est pas, on ne peut se le dissimuler, chose facile à faire qu'une loi ayant pour objet de régir les manufactures. Quoi de moins facile, en effet, que de concilier la liberté de l'industrie avec l'ordre public et l'intérêt privé? quel sujet mérite plus toute l'attention des législateurs?

L'ouvrage de M. Clérault, retraçant les dispositions législatives en vigueur, rapportant les décisions intervenues sur les difficultés qui sont nées surtout de l'application de ces dispositions aux industries nouvelles, sera pour eux d'un puissant secours.

Cet ouvrage, qui satisfait à un besoin actuel, est divisé en huit chapitres. Le premier contient un tableau raisonné des décrets et ordonnances qui se rapportent à la matière. Dans les trois chapitres suivants, l'auteur expose les règles spéciales aux trois classes d'établissements reconnus par la loi; il s'occupe d'une manière plus particulière des règles concernant deux industries qui ont acquis de nos jours un si prodigieux développement, la fabrication du gaz hydrogène et l'emploi de la vapeur comme force motrice. Le cinquième chapitre renferme les règles com-

munes aux trois classes d'établissements. Les établissements antérieurs au décret de 1810 font l'objet du sixième chapitre. Dans le septième, l'auteur traite des établissements non classés, et enfin, dans le huitième, des indemnités pour dommages causés aux voisins.

Tel est le plan du livre dont nous rendons compte. Ce plan a-t-il été bien rempli, bien exécuté?

M. Clérault ne s'est point borné à un simple énoncé des principes qui régissent la matière dont il s'est occupé, à un commentaire purement doctrinal. La jurisprudence a reçu des développements qu'on ne trouve pas dans les autres ouvrages de droit administratif. M. Clérault a, en effet, analysé avec étendue les décisions du conseil d'État rendues à l'occasion d'établissements dangereux, insalubres et incommodes; il les a rapportées dans leur entier, c'est-à-dire, avec les faits qui y ont donné lieu et avec leurs motifs. Cette manière d'envisager le droit administratif, du moins en ce qui concerne la matière spéciale traitée par M. Clérault, paraît assez rationnelle. La solution des questions qui surgissent dans cette matière dépend souvent en grande partie, il faut le reconnaître, d'appréciation de faits, de circonstances, que le législateur ne peut prévoir, et pour lesquels il ne peut, par conséquent, établir de dispositions particulières.

Partant, les décisions du conseil d'État sont ordinairement le point principal sur lequel portent les discussions auxquelles se livre M. Clérault, discussions dans lesquelles la critique a parfois trouvé place, et qui révèlent de la part de l'auteur un jugement droit.

Les questions les plus importantes ont été examinées. Il est cependant quelques points sur lesquels nous regrettons de ne pas trouver de renseignements. En voici un, entre autres. Lorsqu'un établissement industriel, quoique légalement autorisé, cause un dommage aux voisins dans le parage desquels il vient se former, il est dû une indemnité. Mais une industrie s'établit, avec l'autorisation exigée, dans un lieu où, par suite de l'éloignement des voisins, elle ne peut leur occasionner de préjudice. Plus tard, un nouvel établissement s'élève auprès de cette industrie. Le propriétaire de l'établissement nouvellement fondé réclame une in-

demnité pour le dommage qu'il prétend souffrir du voisinage de l'industrie à côté de laquelle il est venu se placer : y a-t-il droit?

Quoi qu'il en soit, le traité de M. Clérault n'en est pas moins le plus complet et le plus utile sur la matière.

ADRIEN HAREL.

CHRONIQUE.

ANGLETERRE. *Iles de Jersey et de Guernesey.* La commission chargée de préparer un projet de réforme des lois criminelles et d'organisation judiciaire dans ces deux îles, a terminé son travail : les États (députés) ont dû s'assembler le 11 novembre pour en recevoir la communication. Il paraît que l'établissement du jury, inconnu jusqu'à présent à Jersey et à Guernesey, rencontre une vive opposition dans la population.

— L'université d'Oxford a célébré l'anniversaire de sa fondation, qui remonte au 4 novembre 1546, sous le règne de Henri VIII.

AUTRICHE. Dans le mois de février dernier, la procédure orale a été adoptée dans les tribunaux civils de Vienne, pour toutes les affaires dites *de petites dettes*, c'est-à-dire, celles où il s'agira d'une valeur qui ne dépasse pas 200 florins (520 fr.).

Les grands avantages que cette mesure a produits ont décidé le gouvernement à l'étendre à toutes les affaires civiles indistinctement qui se plaideront devant les cours et tribunaux de Vienne, et l'on assure positivement qu'à partir du 1er janvier prochain, la procédure orale sera introduite aussi dans tous les tribunaux civils des provinces allemandes des États autrichiens.

BELGIQUE. La session des chambres a été ouverte le 11 novembre par un discours du roi.

DANEMARK. Une ordonnance royale du 18 octobre a prononcé le divorce entre le prince royal et son épouse, née duchesse de Mecklembourg-Strélitz. Ce divorce a été consenti par les deux époux.

— Sur la proposition du duc d'Augustenburg, l'assemblée des États de Roeskild a voté une supplique au roi, pour lui demander d'octroyer aux deux duchés de Holstein et de Schleswig une constitution d'après laquelle ces duchés resteront dans leur position actuelle vis-à-vis de l'Allemagne. De leur côté, les États de Schleswig ont adressé au roi une protestation contre une déclaration antérieure de Sa Majesté, portant que si les deux duchés sont unis sous le rapport législatif et administratif, ils ne le sont pas sous le rapport constitutionnel, et que la loi royale de succession du Danemark est applicable au duché de Schleswig. Les États contestent cette dernière thèse.

ESPAGNE. La session des cortès a été close le 30 octobre par la lecture d'un décret de dissolution.

États-Unis. *New-York.* La convention réunie dans le but de réformer la constitution de cet État est sur le point de terminer son travail. Voici quelques-unes des bases qu'elle a arrêtées. Les juges seront désormais élus de la même manière que les députés à la législature. Les hommes de couleur continueront à être privés du droit de suffrage, quoique déclarés égaux aux autres citoyens pour la jouissance des droits civils. Les ministres des différents cultes ne seront plus exclus des emplois civils, administratifs, judiciaires et même militaires.

Pays-Bas. La session des États généraux a été ouverte à La Haye le 19 octobre 1846.
— Les ratifications du traité de commerce et de navigation conclu le 13 septembre dernier entre les Pays-Bas et la Russie, ont été échangées le 30 octobre à Saint-Pétersbourg.

Prusse. Les résolutions du congrès de douanes de Berlin ayant été ratifiées, elles seront prochainement publiées dans les États de l'union douanière. A l'exception de la suppression des droits sur la farine, les autres résolutions ont pour objet l'augmentation du tarif, non pas, il est vrai, dans une proportion aussi élevée que l'avaient demandé les trois États de l'Allemagne méridionale, mais assez pour prouver que l'union veut maintenir le système protecteur. Les propositions relatives au drawback n'ont pas été adoptées, à cause des difficultés financières et administratives qui s'y opposaient.

Russie. Un traité de commerce a été conclu avec la Turquie le 18 avril 1846; il a été ratifié le 4 juin et mis à exécution le 1er juillet. L'article 1er renouvelle les traités antérieurs, particulièrement ceux de 1783, et l'article 7 du traité d'Andrinople. La Porte promet à la Russie la jouissance de tous les avantages qui sont ou pourront être accordés dans ses États à la nation la plus favorisée.

Suisse. *Bâle-ville.* Le nouveau grand conseil, après avoir voté la révision de la constitution, a nommé une commission de quinze membres chargés de préparer le projet de cette constitution.

Genève. Le 30 octobre, le grand conseil, nouvellement nommé, a ouvert les débats sur la révision de la constitution.

Schaffhouse. Dans sa séance du 3 novembre, le grand conseil a décidé que la constitution serait revisée, et que le peuple serait consulté sur le point de savoir si cette révision sera totale ou seulement partielle.

France. Le 9 novembre, a eu lieu à Paris l'échange des ratifications du traité de commerce et de navigation récemment conclu entre la France et la Russie.

— Le *Moniteur* du 31 octobre publie une ordonnance du 29 du même mois, rendue en forme de règlement d'administration publique, et qui a pour objet l'exécution de la loi du 19 juillet 1845 sur la vente, l'achat et l'emploi des substances vénéneuses. Cette ordonnance comprend trois titres. Le premier est consacré au commerce des substances vénéneuses; le second à la vente de ces substances par les pharmaciens; le troisième à des dispositions générales. Un tableau des substances vénéneuses est annexé à l'ordonnance.

Voici l'analyse des principales dispositions :

Quiconque veut faire le commerce des substances vénéneuses est tenu d'en faire préalablement la déclaration, à Paris et dans le ressort de la préfecture de police, devant le préfet de police, ailleurs devant le maire de la commune, et d'indiquer le lieu où est situé son établissement; pareille déclaration est imposée aux chimistes, fabricants, qui emploient ces substances. — Art. 1 et 13. Les substances vénéneuses ne peuvent être livrées qu'aux commerçants, fabricants et chimistes, qui auront rempli la formalité préindiquée et sur leur demande écrite et signée. Les

achats et ventes seront inscrits sur un registre spécial. Les fabricants et manufacturiers sont chargés de surveiller et de constater, sur un registre spécial, l'emploi des substances vénéneuses dont ils se servent (art. 2, 3, 4).

La vente des substances vénéneuses ne peut être faite, pour l'usage de la médecine, que par les pharmaciens, et sur la prescription d'un médecin, chirurgien, officier de santé, ou d'un vétérinaire bréveté. Ces prescriptions doivent être inscrites sur un registre spécial. Le pharmacien ne les rendra qu'après les avoir revêtues de son cachet; le registre sera conservé pendant vingt ans au moins, et devra être représenté à toute réquisition de l'autorité (art. 5, 6). L'arsenic et ses composés ne pourront être vendus, pour d'autres usages que la médecine, que combinés avec d'autres substances. Les pharmaciens seuls ont le droit de vendre ces préparations et à des personnes connues et domiciliées. Les quantités livrées, ainsi que le nom et le domicile des acheteurs, sont mentionnés sur le registre spécial (art. 8 et 9). L'article 10 interdit l'emploi de l'arsenic et de ses composés pour le chaulage des grains, l'embaumement des corps et la destruction des insectes.

Les articles 11 et 12, au titre des dispositions générales, sont relatifs à la tenue en magasin, à l'expédition, l'emballage, etc., des substances vénéneuses, ainsi qu'aux fûts et enveloppes destinés à les contenir. L'article 14 charge les maires ou commissaires de police, assistés, s'il y a lieu, d'un docteur en médecine désigné par le préfet, de s'assurer de l'exécution des dispositions de l'ordonnance et de constater les contraventions. Leurs procès-verbaux sont transmis au procureur du roi pour l'application des peines prononcées par la loi du 19 juillet 1845.

— Une ordonnance du 15 novembre, rendue en forme de règlement d'administration publique, et en exécution de la loi du 15 juillet 1845, sur la police des chemins de fer, détermine les mesures nécessaires pour assurer la police, la sûreté et l'usage des chemins de fer et des ouvrages qui en dépendent. Les quatre-vingts articles que contient cette ordonnance sont divisés en huit titres. Le premier concerne la voie et les abords; le second, le matériel employé à l'exploitation; le troisième indique les conditions relatives à la formation des trains; le quatrième concerne le départ, la circulation et l'arrivée des convois; le cinquième renferme toutes les mesures d'ordre à observer par les compagnies pour la perception des taxes; le sixième traite de la surveillance que l'administration doit exercer sur l'exploitation, et des divers ordres d'agents appelés à concourir à cette surveillance; le septième définit les mesures à observer par les voyageurs; le huitième, enfin, contient des dispositions diverses qui n'appartiennent spécialement à aucune des matières ci-dessus indiquées.

Voici quelques-unes des principales dispositions de l'ordonnance : « Art. 51. La surveillance de l'exploitation des chemins de fer s'exercera concurremment : par les commissaires royaux, par les ingénieurs des ponts et chaussées, par les ingénieurs des mines, et par les conducteurs, les garde-mines et autres agents sous leurs ordres; par les commissaires spéciaux de police et les agents sous leurs ordres. — Art. 52. Les commissaires royaux seront chargés de surveiller le mode d'application des tarifs approuvés et l'exécution des mesures prescrites pour la réception et l'enregistrement des colis, leur transport et leur remise aux destinataires; — de veiller à l'exécution des mesures approuvées ou prescrites pour que le service des transports ne soit pas interrompu aux points extrêmes de lignes en communication l'une avec l'autre; — de vérifier les conditions des traités qui seraient passés par les compagnies avec les entreprises de transport par terre ou par eau, en correspondance avec les chemins de fer, et de signaler toutes les infractions au

principe de l'égalité des taxes; — de constater le mouvement de la circulation des voyageurs et des marchandises sur les chemins de fer, les dépenses d'entretien et d'exploitation et les recettes. — Art. 55. Les ingénieurs, les conducteurs et autres agents du service des ponts et chaussées seront spécialement chargés de surveiller l'état de la voie de fer, des terrassements et des ouvrages d'art et de clôtures. — Art. 56. Les ingénieurs des mines, les gardes-mines et autres agents du service des mines seront spécialement chargés de surveiller l'état des machines fixes et locomotives employées à la traction des convois, et, en général, de tout le matériel roulant servant à l'exploitation. — Art. 57. Les commissaires spéciaux de police, et les agents sous leurs ordres, sont chargés particulièrement de surveiller la composition, le départ, l'arrivée, la marche et le stationnement des trains; l'entrée, le stationnement et la circulation des voitures dans les cours et stations, l'admission du public dans les gares et sur les quais des chemins de fer. — Art. 59. Toutes les fois qu'il arrivera un accident sur le chemin de fer, il en sera fait immédiatement déclaration à l'autorité locale et au commissaire spécial de police, à la diligence du chef du convoi. Le préfet du département, l'ingénieur des ponts et chaussées et l'ingénieur des mines, chargés de la surveillance, et le commissaire royal, en seront immédiatement informés par les soins de la compagnie.—Art. 68. Les cantonniers, garde-barrières, et autres agents du chemin de fer, devront faire sortir immédiatement toute personne qui se serait introduite dans l'enceinte du chemin ou dans quelque portion que ce soit de ses dépendances où elle n'aurait pas le droit d'entrer. En cas de résistance de la part des contrevenants, tout employé du chemin de fer pourra requérir l'assistance des agents de l'administration et de la force publique. — Art. 76. Il sera tenu, dans chaque station, un registre coté et parafé, à Paris, par le préfet de police, ailleurs, par le maire du lieu, lequel sera destiné à recevoir les réclamations des voyageurs qui auraient des plaintes à former soit contre la compagnie, soit contre ses agents. Ce registre sera présenté à toute réquisition des voyageurs. »

— Nous avons donné dans notre précédent cahier la liste des juges adjoints du concours actuellement ouvert devant la Faculté de droit de Paris, pour une chaire de procédure civile et pour une place de suppléant. Trois d'entre eux, MM. Vincens Saint-Laurent, Hébert et Férey, n'ayant pu accepter, M. le ministre de l'instruction publique, par arrêté du 5 novembre, a nommé juges adjoints du même concours, MM. Bryon, conseiller à la cour de cassation; Poultier, conseiller à la cour royale de Paris; Laferrière, inspecteur général, spécialement attaché aux Facultés de droit.

— Par arrêtés de M. le ministre de l'instruction publique, M. Blœchel, professeur de Code civil à la Faculté de droit de Strasbourg, a été admis, sur sa demande, à faire valoir ses droits à la retraite; M. Chauffour et M. Pascal, docteurs en droit, ont été désignés en qualité de suppléants provisoires, le premier, près la Faculté de droit de Strasbourg, et le second, près la Faculté de droit de Toulouse.

ERRATUM.

Dans notre dernier cahier (article de M. Hureaux), le sens de la phrase qui termine le n° 42 (page 785, ligne 3) a été dénaturé à l'impression. Il faut lire cette phrase ainsi qu'il suit : « Les auteurs du Code se sont crus obligés de dire que le » créancier *était* propriétaire par le simple pacte, *pour* rejeter sur lui la perte de » la chose, ce qui était une erreur, etc. »

Étude historique et critique sur la transmission de la propriété par actes entre-vifs.—Transcription sous le Code civil et sous le Code de procédure.

Par M. HUREAUX, juge au tribunal civil de Charleville.

Suite. — *V.* plus haut, p. 678, 765, 841.

72. Complétons notre démonstration par un résumé de la discussion qui a eu lieu au conseil d'État sur l'article 2182. C'est le commencement du doute. Il s'est passé, à cette séance du 12 ventôse an XII, un fait inouï dans les discussions législatives, et qu'il faut apprécier à sa juste valeur.

L'article 91 du projet portait : « Les actes translatifs de pro- » priété qui n'ont pas été *ainsi* [1] (*V.* art. 2181) transcrits ne » peuvent être opposés au tiers qui aurait contracté avec le ven- » deur et qui se serait conformé aux dispositions de la présente. »

C'était la reproduction de l'article 26 de la loi de brumaire, et par conséquent la consécration formelle du système.

Venait ensuite l'article 92, qui est aujourd'hui l'article 2182, et qui reproduit l'article 28 de la même loi.

Eh bien! chose remarquable, ces deux articles sont adoptés, sauf quelques amendements insignifiants; le principe fondamental est reconnu devoir continuer d'exister. Et puis tout à coup, par ce que M. Troplong a appelé, dans son introduction du *Traité des hypothèques*, un *escamotage*, par ce que j'appellerai, moi, une inadvertance, un malentendu, l'article 91 disparaît, et l'article 92 (aujourd'hui 2182) se trouve exister seul dans l'édition officielle du Code civil.

73. La disparition de cet article 91 du projet est, on le sent, l'un des plus puissants arguments de la théorie de nos adversaires [2]. Si, disent-ils, l'article a disparu, c'est qu'on l'a rejeté, et

[1] Ce mot *ainsi* prouve bien que l'article 2181 a entendu imposer aux parties la transcription de *tous* les contrats successifs, et qu'il ne suffit pas de transcrire le dernier contrat, comme la cour de cassation le décide à tort.

[2] C'est même le seul, à mon sens, qu'ils puissent invoquer. On verra plus loin la réponse que nous y faisons.

par conséquent avec lui le principe qu'il consacrait textuellement. Voyons.

73. Et d'abord, pour juger cette suppression, qui a été la source de toutes les erreurs postérieures, rappelons-nous l'intérieur du conseil d'État. On sait qu'il est partagé en deux camps : d'un côté se trouve Tronchet, jurisconsulte éminent et qui représente avec Portalis et autres qui les suivent, l'école de Pothier et l'école coutumière. Il a sans doute traversé la Révolution ; il a assisté à ses enfantements, mais en qualité de spectateur seulement; il est resté étranger au mouvement des idées qui s'est opéré autour de lui. Constamment on le voit en défiance contre les institutions nouvelles; on sent qu'il n'est pas placé dans le centre nécessaire pour les apprécier en juge impartial. La transcription ne sera pour un tel homme ni la base du crédit foncier, ni la base de la propriété immobilière. Le crédit foncier! qu'est-ce que cela? Pothier n'en a pas parlé. Ce sera une affaire bursale, une affaire de régie ; ce sera uniquement un moyen de remplir les caisses de l'État. Il ne verra que les imperfections du système, il n'en saisira pas les avantages; c'est un réacteur [1].

A la tête du camp opposé apparaît Treilhard qui, lui aussi, a traversé la Révolution, qui en a déploré les excès, auxquels il a peut-être pris une part trop grande, dans tous les cas forcée (*V. Biographie* de Michaud), mais qui a franchement accepté tous les progrès qu'elle a réalisés. Il défendra donc pied à pied toutes les institutions nouvelles, car il a puissamment contribué à les conquérir; il ne transigera pas : il sait qu'en législation la transaction est mauvaise. La publicité sera pour un tel homme la base fondamentale de l'organisation du domaine : c'est un radical.

Mais tous deux sont déjà vieux; ils ont perdu de vue les premiers éléments du droit. La théorie du *jus ad rem* et du *jus in re*

[1] On a vu déjà et on verra encore souvent cette expression *réaction* dans notre travail. Il ne s'agit pas ici de réaction politique sans doute, car M. Tronchet était un citoyen modèle. L'étude de l'histoire du droit démontre à ceux qui la cultivent que les institutions civiles, ainsi que les institutions politiques, ont le temps de leur développement, après lequel vient le temps des réactions. Eh bien! l'époque de 1804 est un temps de réaction contre les institutions *civiles* de la révolution, comme aussi contre ses institutions politiques.

n'est plus qu'un souvenir dans leur esprit. Dès lors la discussion à laquelle ils vont se livrer, et dont l'objet est précisément l'application de cette théorie, se ressentira de la confusion produite par le temps. Le hasard se mêlera à tout cela. Celui qui les départage ordinairement, celui qui s'applique à la fusion de leurs idées contraires, celui qui, lorsque la transaction est impossible, se pose en juge souverain entre la révolution et la contre-révolution, celui, en un mot, qui domine nos deux athlètes, sinon par son savoir, au moins par la toute-puissance de son génie....., eh bien! celui-là n'assistera pas à la séance dans laquelle vont s'agiter les destinées du sol de la France; la présidence de l'assemblée sera remise en des mains inhabiles. L'archichancelier, que l'histoire jugera comme ayant été au-dessous de sa mission, laissera ce jour-là, comme presque toujours, la discussion s'égarer; il ne la ramènera pas au point fondamental. Puis, la séance terminée, un malentendu donnera au doute l'occasion de se montrer plus tard; et ce doute prendra de la consistance avec le temps, de telle sorte que la conquête révolutionnaire se perdra dans l'avenir.

Cela dit, entrons à la séance.

75. La lutte s'engage par le camp Tronchet. « M. Malleville » demande si l'effet de l'article 91 (supprimé dans le Code) sera » d'investir de la propriété le nouvel acheteur qui aura fait trans- » crire son contrat, au préjudice de l'acheteur plus ancien qui » n'aura pas rempli cette formalité. La rédaction combinée des » articles 91 (supprimé) et 92 (2182) laisse du doute sur la » question, suivant lui; et dans tous les cas, si la question est » résolue par l'article 91 dans le sens de l'affirmative, cette dis- » position présente, aux yeux de l'orateur, des inconvénients » bien graves. »

M. Treilhard répond : « Oui, telle est la conséquence de l'ar- » ticle. Il était nécessaire de régler la préférence entre les acqué- » reurs dans le cas d'une double vente. L'article veut qu'elle soit » accordée à l'acquéreur qui fait transcrire son contrat, sauf le » recours de l'autre contre le vendeur. »

M Jollivet (camp Treilhard) ajoute : « Cette disposition est en- » core nécessaire pour ôter au vendeur la faculté de charger d'hy- » pothèques l'immeuble vendu. »

Ainsi voilà la question tranchée. Puisqu'on adopte la loi de brumaire, il faut en accepter la conséquence. La conséquence peut être rigoureuse, au point de vue d'une équité restreinte ; mais elle ne l'est pas plus qu'avec la tradition exigée par l'ancienne jurisprudence. Et d'ailleurs comment, dans un système public, un étranger qui contracte de bonne foi serait-il tenu de respecter un droit de propriété que l'acquéreur, qui n'a pas transcrit, ne lui a pas notifié par le journal du conservateur? La réponse de MM. Treilhard et Jollivet est donc dans les véritables principes.

76. La discussion devait s'arrêter là. Mais voici venir M. Tronchet, qui est bien autrement savant que ses antagonistes. Depuis qu'il a été appelé à créer la loi, il a lu les jurisconsultes philosophes ; il a lu Grotius, il a lu Puffendorf, il a lu Wolf! La propriété est une chose purement intellectuelle : pourquoi donc, puisqu'elle n'est qu'une pensée, ne se transmettrait-elle pas par la pensée, sans aucun acte extérieur, sans aucune formalité sensible? Alors il attaque le principe fondamental de la transcription d'après un tout autre ordre d'idées que son auxiliaire M. Malleville.

Suivant lui : « La conséquence tirée par MM. Treilhard et Jolli-
» vet rend la disposition désastreuse.

» On a vu dans tous les temps des ventes faites par des indivi-
» dus qui n'étaient pas réellement propriétaires. »

Eh bien! l'article 92 (2182 C. civ.) a précisément pour objet de dire que la transcription d'une vente faite de la chose d'autrui n'en transporte pas la propriété à l'acquéreur.

« On a vu aussi des ventes doubles faites par le propriétaire vé-
» ritable. Mais les tribunaux prononçaient entre les parties..... »

Le procès était bientôt jugé. Il ne s'agissait que de prouver quel était celui qui le premier avait reçu livraison et tradition de la chose, soit réellement, soit par équivalent.

« Aujourd'hui, et d'après l'article qu'on propose, tout dépend
» de la transcription. »

La preuve alors sera bien plus simple, et il n'y aura pas de procès pour l'administrer, ce qui vaut infiniment mieux. Mais d'ailleurs tout ne dépend pas de la transcription; tout ne dépend de la transcription que dans le cas d'une double vente faite par le

véritable propriétaire, et non pas dans le cas de vente faite *a non domino* (art. 2182).

« En sorte qu'un citoyen qui aurait acheté et qui posséderait » un immeuble depuis dix ou vingt ans, mais qui n'aurait pas » fait transcrire, serait obligé de le restituer à l'acheteur très-ré- » cent dont le contrat aurait été transcrit. »

Mais si on adopte votre système de transmission par le seul effet de la convention, système dans lequel la tradition n'intéresse pas la transmission immobilière, l'acquéreur se verra, au bout de dix ou vingt ans, dépossédé par l'apparition d'un acte occulte ayant date certaine antérieur au sien, encore qu'il ait transcrit son contrat, payé son prix aux créanciers porteurs de bordereaux délivrés avec l'appareil des formalités judiciaires, bâti sur la propriété purgée par lui en apparence de tous droits antérieurs! Cela est-il beaucoup mieux? La critique est facile, mais l'art est difficile. Il faudrait un peu réfléchir que le législateur n'a souvent que le choix des inconvénients, et qu'il doit se prononcer pour les moins graves dans leurs conséquences [1].

« Il faut même observer que l'effet de cette *étrange* disposition » n'est pas borné aux ventes faites depuis la loi du 11 brumaire » an VII, mais qu'elle embrasse également les ventes anté- » rieures. »

Oh!... Et la non-rétroactivité des lois, qu'en faites-vous?

« Qu'ainsi il n'y a plus en France une seule propriété dont on » ne puisse être dépouillé faute de transcription, en vertu d'une » vente faite par un individu qui n'a JAMAIS été propriétaire! »

N'est-il pas évident que M. Tronchet veut effrayer le conseil d'État, ou bien qu'il ne comprend pas le système? Que fait-il donc de l'article 28 de la loi de brumaire, et 92 du projet? Mais non; ce n'est pas ignorance. Il n'est pas possible que M. Tronchet n'ait pas compris le projet; il est animé par la passion. Celui que l'histoire (*V.* la *Biographie* de Michaud) nous représente comme un homme inflexible, invariable dans ses principes, celui que

[1] Au surplus, les doubles ventes sont extrêmement rares, et il ne fallait pas s'arrêter à des cas qui ne se présentent presque jamais. Le législateur de l'an VII avait donc eu raison de passer sur l'inconvénient signalé par Tronchet, et qu'un acquéreur diligent peut toujours prévenir en transcrivant son contrat.

Mirabeau appelait le *Nestor* de l'aristocratie, déteste trop la Révolution pour en accepter les idées ; les plus belles institutions ne trouvent pas grâce devant lui, par cela seul qu'elles sortent d'une source qu'il a prise en horreur, et sa haine l'aveugle au point de lui faire dire des choses déraisonnables.

« Il est impossible de justifier une disposition qui expose à de » si grands dangers[1] le droit sacré de propriété, et qui sacrifie » un propriétaire légitime[2] à un acquéreur nouveau, à un nou- » veau créancier. »

Ceux-ci ont acquis des droits *réels* que tout le monde est tenu de respecter, et par conséquent votre propriétaire *relatif* encore plus que tout autre, car il a été mieux à même de connaître ce qui s'est passé, puisque, avant d'acheter, il a dû consulter le registre des transcriptions, bien averti par la loi qu'il ne serait propriétaire *absolu* qu'à la condition de transcrire son contrat.

« On ne voit pas quel motif a pu leur faire accorder cette in- » juste faveur. »

Mais c'est l'intérêt du public, c'est l'intérêt de la société tout entière, qui doit reconnaître le propriétaire à un signe éclatant, afin qu'il n'y ait pas de surprises et que le régime hypothécaire produise tous les bons résultats que vous en attendez.

« Que la loi établisse la spécialité des hypothèques, on aper- » çoit le motif de cette disposition. Elle consacre le seul moyen » qui existe d'empêcher le prêteur de placer faussement sa con- » fiance dans un gage déjà absorbé par des hypothèques anté- » rieures. Mais celui qui achète n'a pas besoin que la loi pour- » voie d'une manière particulière à sa sûreté !...

Étonnante théorie ! Protection pour les créanciers hypothécaires, c'est-à-dire pour les propriétaires d'une fraction du domaine, mais point de protection pour le propriétaire du domaine entier !... Ce dernier n'en a pas besoin !... Mais vous ne voyez

[1] Les dangers de votre système sont bien autrement grands, puisque après quarante ans d'expérience on retourne à l'unanimité à l'institution que vous voulez détruire, mais que vous ne détruirez pas ; car le conseil d'État n'adoptera pas vos idées. Il faudrait pour cela reviser tout le Code (art. 938, 939, 941, 1583, 2108, 2181), et il a hâte d'en finir.

[2] Dites donc qui aurait pu le devenir s'il eût été diligent et soigneux de ses intérêts, mais qui n'est sans la transcription qu'un propriétaire relatif, c'est-à-dire un créancier du vendeur.

donc pas que votre protection des créanciers hypothécaires ne peut exister qu'à cause de la protection du domaine? Que l'hypothèque, qui est une distraction de la propriété, ne sera stable et ne donnera une assurance positive qu'autant que la propriété elle-même reposera sur une base inébranlable? Est-ce que vous ne voyez pas que la spécialité de l'hypothèque ne produira aucun des effets que vous en attendez sans la publicité, et que la publicité de l'hypothèque n'est que la conséquence de la publicité du domaine, et que sans la publicité du domaine vous exposez les créanciers que vous voulez protéger à toutes sortes de mécomptes? Que deviendront vos créanciers lorsqu'un acte occulte qu'ils n'auront pu connaître, parce que vous ne voulez pas la publication des titres par la transcription, se révélera tout à coup et fera disparaître leur gage? Ils perdront leurs créances. En sorte que vous aurez été inconséquent, à ce point que vous n'aurez pas protégé ceux pourtant que vous vouliez protéger! Et pourquoi cela? Parce que vous serez resté en chemin, et qu'en publiant la fraction de la propriété, la conséquence en un mot, vous n'aurez pas publié le principe!...

« Il a sous les yeux les titres; il peut vérifier la possession du » vendeur. Et ce serait pour le dispenser de cet examen qu'on ne » craindrait pas de compromettre la propriété d'un citoyen qui » se repose avec sécurité sur un contrat légal! »

Mais non. La loi n'entend pas du tout dispenser l'acquéreur du soin d'examiner la filiation de la propriété, puisque la transcription ne purge pas le domaine absolu, et que le véritable maître peut toujours, suivant l'article 2182, revendiquer sa chose, malgré la transcription de l'acheteur *a non domino*. Elle ne veut qu'une chose : c'est lui faciliter les recherches, et pour cela elle lui présente un registre public, où il est certain de trouver toutes les mutations successives et de s'éclaircir sur l'opération qu'il va consommer.

Vous parlez de contrat légal. Mais il sait que son contrat ne sera légal, ou plutôt légalisé que par la transcription; que jusque-là il n'est propriétaire qu'à l'égard du vendeur (art. 1583); que par conséquent s'il se repose sur son contrat, que vous appelez légal, il s'y repose à tort, puisque la loi l'avertit qu'il faut

quelque chose de plus que le contrat pour l'investir de la propriété absolue, à savoir la tradition dans l'ancienne jurisprudence, et aujourd'hui la transcription.

« Cette disposition, à la vérité, n'est pas nouvelle; on l'a em-
» pruntée à la loi de brumaire an VII, mais elle n'y a été pla-
» cée, *comme beaucoup d'autres*, que pour l'intérêt du fisc, et
» sans avoir de point d'appui dans les principes de la matière;
» car comment *colorer même* une préférence évidemment arbi-
» traire, ou plutôt évidemment injuste? »

La transcription n'a eu pour but que de remplir les caisses de l'État!... Sans doute les caisses de l'État se sont bien trouvées de la formalité : quand l'État protége, ne faut-il pas lui payer sa protection? Mais dire que la transcription n'a eu en vue qu'un intérêt d'argent, c'est assurément méconnaître et calomnier l'une des plus belles institutions des temps modernes.

77. Cette philippique terminée, le conseil d'État s'émeut; les assemblées délibérantes appartiennent toujours au talent et à l'impression du moment; voilà pourquoi elle sont peu propres à la confection des lois civiles. L'autorité de M. Tronchet, qu'on est habitué de respecter, les dangers dont il a parlé, jettent la crainte dans les esprits timides, et au lieu de passer outre, en adoptant purement et simplement le projet auquel il n'y avait rien à changer, le conseil continue la discussion sur les deux questions suivantes, que son président lui pose comme résultant des paroles qu'il vient d'entendre.

« 1° Les ventes faites avant la loi du 11 brumaire an VII se-
» ront-elles assujetties à la formalité de la transcription?

» 2° La transcription conférera-t-elle la propriété à l'acheteur,
» même lorsqu'il aura acheté d'un particulier qui n'était pas pro-
» priétaire? »

78. Un mot sur la position de ces questions.

Il est clair qu'elles sont incomplètes et qu'il fallait en poser une troisième, ou plutôt diviser la seconde, car la solution négative ne prouvera rien, en ce qui touche le point fondamental de savoir si, oui ou non, la transcription sera conservée comme moyen de transmission à l'égard des tiers, dans le cas d'une double vente faite par le *véritable* maître.

Aussi allons-nous voir la discussion abandonner le président, et la lutte se suivre entre Tronchet et Treilhard sur le véritable point de la difficulté. Leur débat n'aura pas pour objet principal de répondre à la seconde question du président; puis le président, placé à un autre point de vue, n'aura pas saisi ce qui s'est passé en sa présence, et enfin son résumé ne sera pas le résumé de la discussion de nos deux antagonistes.

79. Je m'explique, et je dois le faire avec soin, car c'est pour n'avoir pas profondément médité cette discussion que plus tard le conseil d'État, dans un moment de mauvaise humeur contre la régie, et la jurisprudence ensuite, ont déclaré la transcription translative abolie.

De quoi s'agissait-il? Il s'agissait de savoir si la transcription donnerait la préférence à celui des deux acheteurs du même propriétaire absolu, qui aurait le premier transcrit son contrat; voilà la difficulté véritable; c'était demander si la convention à elle seule transporterait la propriété au regard du tiers, ou si, au contraire, la transcription serait nécessaire pour acquérir le domaine absolu. M. Tronchet ne veut pas de la transcription translative, parce que, à ses yeux, la convention, légalement prouvée, bien entendu, transporte la propriété [1] au regard du tiers, et alors il repousse naturellement la transcription comme une formalité dont il n'aperçoit pas le but, c'est une mesure fiscale et voilà tout. Cela se comprend très-bien : il est évident que si l'action *ex empto* a pris sous le Code le caractère réel, la transcription est un non-sens quant à la transmission du domaine.

80. Cette difficulté, le président ne la saisit pas; cela va devenir évident tout à l'heure. Et pourquoi ne la saisit-il pas? C'est parce qu'il ne peut pas comprendre, lui qui a pris la parole sous l'article 2108, lui qui vient de trancher la difficulté sur l'article précédent (art. 2181), dans sa discussion avec M. Jollivet,

[1] Ou du moins telle paraît être sa pensée, quoiqu'on pût croire qu'il exige la tradition d'après ces expressions : « En sorte qu'un citoyen qui aurait acheté et » qui *posséderait* un immeuble depuis dix ans, etc. » Mais il a dit, sous l'article 712, que les meubles seuls étaient susceptibles de tradition : d'où je conclus que, dès qu'il ne veut plus de la transcription au Titre des hypothèques, c'est que dans son esprit la convention a pris le caractère translatif au regard des tiers.

sur la transcription des actes sous seing privé, qu'on puisse remettre en question un point désormais jugé, puisque l'article 2181 a été adopté avec l'explication qu'il en a donnée, et que d'ailleurs, si on fait disparaître le principe fondamental, il faut revenir sur ses pas et refaire tout le Code conçu dans le sens du projet. Il est donc excusable de ne pas comprendre.

81. Mais voici la difficulté qu'il comprend et qu'il met en délibération.

M. Tronchet, dans son attaque, s'imagine que la transcription, telle qu'elle résulte de la rédaction de l'article 91 du projet (supprimé) étant translative du domaine, suffira pour faire acquérir à l'acheteur *a non domino*, c'est-à-dire, à l'acheteur d'un étranger qui ne vend pas deux fois sa chose, mais qui vend la chose d'autrui, la propriété de cette chose.

« On a vu, dit-il, dans tous les temps, des ventes faites *par » des individus qui n'étaient* NULLEMENT *propriétaires* (1re es- » pèce). On a vu aussi *des ventes doubles faites par le proprié- » taire véritable* (2e espèce). Mais les tribunaux, dans *tous* ces » cas, prononçaient entre les parties. Aujourd'hui, et d'après » l'article qu'on propose, *tout* dépend de la transcription. »

Évidemment *tout* ne dépend pas de la transcription ; M. Tronchet est à cet égard dans l'erreur. Il n'y a que le cas d'une double vente consentie par le *véritable propriétaire*, où tout dépende de la transcription C'est le cas prévu par l'article 91 du projet. Celui de la vente faite *a non domino* est réglé par l'article 92 (art. 2182), et alors la transcription ne fait rien acquérir. La transcription purge la propriété au cas de l'article 91, parce que ce n'est qu'une propriété *relative*, et elle ne la purge pas au cas de l'article 92, parce que c'est une propriété *absolue*.

Mais le président n'en saisit pas moins au passage la question lancée par M. Tronchet relativement à la vente faite *a non domino*, et c'est la seule qu'il soumette au conseil assemblé. C'est ce que le procès-verbal prouve jusqu'à la dernière évidence.

« L'opinion du consul est que l'acheteur doit être forcé de pur- » ger les hypothèques, mais que la transcription ne doit pas » avoir l'effet de purger la propriété. »

Quelle propriété? Est-ce la propriété relative appartenant à

l'acheteur qui n'a pas transcrit son contrat, tandis que le second acheteur a fait transcrire le sien (2e espèce de M. Tronchet)? Évidemment non, puisque M. Cambacérès a fait lui-même trancher la difficulté sous l'article 2181. Quelle sera donc la propriété que la transcription ne purgera pas? Eh bien! ce sera la propriété absolue reposant, malgré la transcription, sur la tête de celui dont un étranger a vendu l'héritage à un tiers qui transcrit son contrat émané *a non domino* (1re espèce de M. Tronchet).

82. Douterait-on que tel soit le sens de la question posée par M. Cambacérès? Écoutons la suite du procès-verbal; c'est toujours le consul qui parle.

« A la vérité, il est rare qu'un particulier vende *sciemment* » un héritage qui ne lui appartient pas. Cependant ce cas peut se » présenter. Et d'ailleurs dans les campagnes rien n'est plus or- » dinaire que les empiétements. Si les terres ainsi ajoutées sont » vendues avec le fonds, *il est juste que la transcription du con-* » *trat n'empêche pas le propriétaire de les revendiquer !...* »

Voilà la propriété que la transcription ne purge pas..., et, en effet, il eût été absurde qu'elle la purgeât. Aussi l'idée monstrueuse que la transcription fût capable de faire acquérir à un acheteur *a non domino*, le domaine à l'encontre du légitime propriétaire, n'a-t-elle jamais germé dans l'esprit du législateur de l'an VII. L'article 28 prévoyait précisément cette hypothèse et l'article 2182 du Code civil n'a eu d'autre objet que de consacrer ce qui existait.

84. Mais si la transcription ne purge pas la propriété absolue, le *jus in re*, elle purge la propriété relative, le *jus ad rem*, au cas d'une double vente faite par le véritable maître (2e espèce de M. Tronchet), parce que le premier qui transcrit acquiert, par la transcription, précisément le *jus in re* opposable à tous les tiers, et par conséquent opposable à celui qui n'a qu'un droit relatif contre le vendeur, c'est-à-dire le *jus ad rem* résultant du contrat non transcrit (art. 1583). Et ce dernier aura beau ensuite transcrire son contrat, il ne pourra pas purger la propriété, transcrite antérieurement, de son adversaire, parce que la transcription ne purgeant pas les hypothèques établies (c'est-à-dire inscrites), ne

purge pas à plus forte raison le domaine inscrit (c'est-à-dire transcrit). La transcription étant au domaine ce que l'inscription est à l'hypothèque.

84. Revenons maintenant à la question posée par M. Cambacérès. Nous savons que, lorsqu'il demande *si la transcription conférera la propriété à l'acheteur, même lorsqu'il aura acheté d'un particulier qui n'était pas propriétaire*, il n'entend parler que de la première espèce de M. Tronchet, c'est-à-dire du cas de la vente *a non domino*, et non pas du cas d'une double vente consentie par le véritable maître. Treilhard répond en deux mots : « L'article 92 (2182) résout la difficulté en décidant que » l'héritage ne passe au nouveau propriétaire qu'avec les droits » qui appartiennent au vendeur. »

Ce qui veut dire que, si le vendeur a vendu la chose d'autrui, la transcription ne fera pas acquérir le domaine à l'acheteur (1re espèce de M. Tronchet).

86. Mais si cela donne satisfaction à M. Tronchet pour la première espèce, cela ne lui donne pas satisfaction pour la seconde; et alors, lui qui s'est fait tout à coup l'écho de Grotius, Wolf et Puffendorf, il va s'efforcer de démontrer que, dès qu'on admet que la transcription ne transporte pas la propriété au cas de vente *a non domino*, il faut décider aussi qu'au cas de double vente par le véritable maître, la transcription du dernier contrat ne peut faire acquérir le domaine au second acheteur au préjudice du premier, lors même que ce dernier n'aurait pas transcrit son contrat. Pourquoi cela? Parce que, dans son esprit, la propriété a été transportée par la première convention, et que, par conséquent, le propriétaire qui s'est dessaisi par cette convention est devenu étranger à la propriété de l'immeuble, d'où suit que la transcription, non translative dans le premier cas (art. 92-2182), ne peut l'être davantage dans le second.

C'est là que gît l'erreur. M. Tronchet ne veut pas voir que, d'après le projet, qui ne fait que développer et consacrer les idées précédemment annoncées par les articles 711, 938, 939, 941, 1138, 1140, 1583, 2108, 2181, la convention à elle seule ne transporte pas la propriété absolue; que les deux acquéreurs, au cas d'une double vente, ne sont ni l'un ni l'autre

propriétaires par leurs contrats; que, par conséquent, le vendeur est resté propriétaire au regards de tiers jusqu'à la première transcription qui seule opère délivrance, tradition civile au regard du public : d'où suit que la décision ne doit pas être la même dans les deux espèces de M. Tronchet, et que la solution de l'une des questions (la première) n'entraîne pas comme conséquence la solution de la seconde.

86. Mais sous le coup de cette impression, que la transcription, si elle n'est pas translative dans le cas d'une vente *a non domino*, ne peut l'être davantage au cas d'une double vente *a domino*, parce que, à ses yeux, la seconde vente est faite *a non domino*, M. Tronchet voit dans l'article 91 du projet une fausse conséquence de l'article 92; tandis que l'article 92 est une exception à la règle de l'article 91, le sens de la loi étant celui-ci : « Art. 91. » La transcription, en règle générale, transporte la propriété au » regard des tiers. — Art. 92. Néanmoins si le vendeur n'est » pas propriétaire, la transmission ne fait pas acquérir le do» maine. »

On reproduit ainsi l'idée ancienne que la transcription ne peut avoir plus de force que la tradition *a non domino*. Ce qui veut dire que l'on consacre de la manière la plus éclatante, sous d'autres formes, la théorie du *jus ad rem* et du *jus in re* dans ses rapports avec les contrats; mais le *jus ad rem* et le *jus in re* se sont singulièrement embrouillés dans l'esprit d'un élève de Grotius. Il fait abstraction du droit de créance pour arriver de suite au droit réel, et il est alors conduit à méconnaître une institution admirable à laquelle la France entière avait applaudi!... M. Tronchet, plus jeune, n'eût pas commis la faute énorme que M. Tronchet, vieillard, a commise. C'est ainsi que vont les choses. Quelque éclat que l'homme ait jeté dans sa carrière, le temps finit par le rendre inhabile, et souvent une belle intelligence, dont le passé garantissait l'avenir, n'apporte plus dans sa mission qu'une autorité d'autant plus dangereuse qu'elle est plus respectable... Voilà l'histoire de bien des hommes; voilà l'histoire de M. Tronchet au conseil d'État, à la séance des 8 et 12 ventôse an XII; c'est lui qui a perdu le système hypothécaire en France!...

Il répond à Treilhard.

87. « L'article 92 (2182) ne sert qu'à mieux faire ressortir la » conséquence de l'article 91 (supprimé). On commence en effet » par établir qu'un contrat de vente non transcrit ne pourra mi- » liter avec un contrat transcrit [1] (art. 91). On dit ensuite que la » transcription ne purge pas les priviléges et hypothèques; il est » donc évident qu'elle purge la propriété... »

Mais, encore une fois, quelle propriété? la propriété relative? Oui. La propriété absolue? Non. De même que la transcription purge les hypothèques relatives, c'est-à-dire non inscrites; de même elle purge la propriété relative, c'est-à-dire non transcrite; de même qu'elle ne purge pas les hypothèques absolues, c'est-à-dire inscrites; de même elle ne purge pas la propriété absolue, c'est-à-dire transcrite. En d'autre termes, la transcription purge les droits de créance et ne purge pas les droits réels, parce que les droits de créance n'obligent pas les tiers, et que les droits réels les obligent.

88. Il continue... : « On prétend que les intérêts de l'acheteur » qui n'a pas fait transcrire son contrat, sont mis à couvert par » le recours qu'on lui réserve contre le vendeur. Quand on lui ac- » corderait la poursuite en stellionat, toujours serait-il vrai » qu'on le dépouille de sa propriété [2], et qu'on préfère ainsi au » propriétaire légitime l'acquéreur imprudent qui n'a pas pris la » peine d'examiner les titres du vendeur. »

C'est incroyable! Est-ce que le deuxième acheteur dont vous parlez a pu vérifier l'existence d'un titre que vous tenez secret et que son vendeur, qui veut commettre un stellionat, se gardera bien de lui communiquer? Est-ce chez le notaire que le second acquéreur aura pu se procurer la preuve de la première vente? Chez le notaire, qui ne peut lui donner, à lui tiers, communication de ses minutes? Est-ce à l'enregistrement? à quel bureau? L'acte est peut-être sous seing privé! il n'est peut-être pas encore

[1] C'est le cas de la seconde espèce, le cas d'une double vente faite par le véritable propriétaire.

[2] On ne le dépouille pas, puisqu'on ne pourrait le dépouiller qu'autant qu'il serait investi du domaine, et il ne l'est pas au regard des tiers. Sa propriété n'est qu'une créance contre telle personne déterminée, une obligation *ad dandum*, laquelle se transforme naturellement en une action en dommages-intérêts, lorsque, par un fait du vendeur, elle ne peut plus s'exécuter en nature.

enregistré! peut-être ne le sera-t-il que le jour même de la seconde vente et avant que cette vente ait acquis date certaine! Il est donc évident que le second acquéreur ne peut vérifier la position, et que M. Tronchet a tort de le qualifier d'acquéreur *imprudent* qui n'a pas pris la peine d'examiner les titres du vendeur. Il peut, au contraire, les examiner avec le plus grand soin et n'aboutir aucunement au but que cet examen a pour objet.

Voilà pour le cas d'une double vente faite par le propriétaire véritable (2e espèce de M. Tronchet).

89. Mais les paroles de ce conseiller d'État ont un sens vrai dans la première espèce (le cas de vente *a non domino*), parce que l'étranger qui vend la chose d'autrui n'a pas de titres, ou n'en a pas de valables, et que, par conséquent, on peut reprocher de l'incurie à l'acheteur qui n'aura pas fait l'examen des titres. Dans ce dernier cas, l'acheteur, en consultant le registre des transcriptions [1] et les titres, a un moyen presque infaillible de voir si le vendeur est propriétaire au moment de la vente; aussi la transcription ne peut-elle dans ce cas lui transporter la propriété, qui ne repose par sur la tête du vendeur (C. civ., art. 2182). Mais, dans la première espèce, il n'y a pas de vérification possible d'une première vente, si cette vente, pour obliger le tiers, n'a pas, dans le système de M. Tronchet, besoin de se révéler sur les registres du conservateur. Aussi, dans ce cas, la transcription fait-elle acquérir le domaine (art. 91). La loi n'admet la transcription translative que lorsqu'il y a nécessité, et elle concilie autant que possible l'équité, qui est la base des contrats, avec les besoins de la publicité.

Là s'arrêtent les paroles de M. Tronchet. Il faut l'avouer, son discours contient autant d'erreurs que de mots; maintenant Treilhard va lui répondre; il ne laissera rien en arrière, et il démontrera que le projet satisfait à toutes les exigences.

90. « L'usage, dit-il, où sont les acheteurs d'examiner les » titres de propriété, est déjà une première garantie contre l'abus

[1] Pour voir si déjà le vendeur n'a pas transporté une propriété qui lui appartenait anciennement.

» de l'article 91 (supprimé); car certainement *ceux qui découvriraient* par cet examen que le vendeur n'est pas propriétaire, s'abstiendraient d'acheter [1].

» Mais quand on supposerait qu'il se trouve des hommes assez » inconsidérés pour acheter sans avoir vérifié les titres, eux seuls » porteraient la peine de leur imprudence. Elle ne nuirait pas au » propriétaire véritable, puisque, d'après l'article 92 (2182), ils

[1] Ces paroles me suggèrent une remarque bien importante. M. Treilhard citant l'article 91, il est raisonnable de penser qu'elles s'appliquent au cas d'une double vente faite par le véritable propriétaire. Dans le cas de la vente *a non domino*, elles n'ont rien que de parfaitement exact; car si l'acheteur découvre dans les titres que la propriété ne repose pas sur la tête du vendeur, il n'achètera pas. Mais *quid* s'il découvre que déjà antérieurement le vendeur, qui a été propriétaire et qui l'est encore au regard du public, avait vendu sa chose à un tiers qui n'a pas encore transcrit son contrat? La connaissance à laquelle le second acquéreur arrivera de l'existence de cette première vente, aura-t-elle pour objet de l'empêcher de devenir propriétaire au regard des tiers, et par conséquent du premier acquéreur, en transcrivant le contrat qu'il aura accepté malgré cette circonstance? M. Treilhard semble décider qu'il se rendrait complice de la fraude, complice du stellionat : d'où on peut conclure que la loi n'a entendu donner à la transcription le pouvoir translatif qu'autant que le second acquéreur n'a pas su la première vente, quoique non publiée au moment où il a contracté. S'il l'a connue et si on le lui prouve, il est constitué en fraude, il est le complice du vendeur, il porte atteinte à une propriété relative, à la vérité, mais enfin à une propriété qu'il connaît, et son contrat tombe comme frauduleux. L'article 1141 l'a déjà décidé pour la tradition des meubles; la bonne foi est requise de la part du second acquéreur, et M. Treilhard semble ici porter la même solution en ce qui concerne les immeubles.

Si la loi doit être entendue ainsi, elle est susceptible de critique : car la fraude intervenue entre les parties ne doit jamais nuire aux tiers de bonne foi, aux créanciers hypothécaires, par exemple, et aux acquéreurs subséquents. Dans un régime public, il ne faut pas que, quand un individu est propriétaire aux yeux de la société, tous ceux qui acquièrent des gages sur ses immeubles soient exposés à voir leurs gages s'évanouir, parce qu'il y aura eu un concert frauduleux entre l'un des vendeurs et l'un des acquéreurs précédents. Je pense donc que, lors de la révision de la loi, il faudra retrancher de l'article 1141 les mots : *pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi*, ou si on les conserve, parce que pour les meubles la théorie a peu d'inconvénients, il faudra s'expliquer par un texte formel en ce qui touche les immeubles, et décider que la victime de la fraude aura une action solidaire contre le vendeur et son complice, mais que cette fraude n'aura aucune influence sur la propriété de l'immeuble transmis et acquis légalement par la transcription.

Les droits du premier acquéreur seront par là suffisamment garantis. D'abord il n'a pas dû payer son prix avant d'avoir transcrit son contrat; et comme il ne l'a pas fait, il est resté nanti de la partie importante de l'opération. Son action a donc pour objet, non pas de réparer une perte réelle, mais bien le manque d'un gain qu'il aurait pu faire. Dès lors la réparation du préjudice causé par la fraude commune du vendeur et du deuxième acheteur n'a pas besoin de moyens exorbitants et mauvais en ce qui concerne le public, pour être poursuivie contre le stellionataire et son complice. S'il y a des inconvénients des deux côtés, il faut se décider pour celui où se trouvent les moins graves.

» n'acquièrent sur la chose que les droits que pouvait avoir le » vendeur (1re espèce de M. Tronchet).

» Les inconvénients dont on parle n'ont donc rien de réel et ne » doivent pas faire rejeter la disposition. »

Écoutons ce qui suit; c'est toute la théorie du Code civil sur la transmission immobilière.

« Voici maintenant les raisons qui doivent la faire admettre.

» On a voulu que les prêteurs (ou plus généralement le pu- » blic) ne fussent pas obligés de se livrer à une aveugle confiance, » qu'ils eussent des moyens de vérifier la situation de ceux aux- » quels ils prêtent leurs capitaux : de là la publicité.

» *Cependant l'effet de ce système serait manqué si l'on n'était* » *pas autorisé à regarder comme propriétaire celui qu'on trouve* » *inscrit sous cette qualité.*

» Si cet individu a vendu son héritage, et que néanmoins il » l'engage comme s'il lui appartenait encore, point de doute » qu'il ne se rende coupable de stellionat.

» Mais sur qui les suites de cette faute doivent-elles retomber? » Sera-ce sur le prêteur, qui n'a pu s'éclairer que par l'inspec- » tion des registres hypothécaires? Non, sans doute; ce sera sur » l'acquéreur, qui était obligé de faire connaître son contrat » (art. 2181), et qui, pour ne l'avoir pas fait transcrire, a jeté » dans l'erreur celui que la loi renvoyait aux registres, » qui présentent l'inventaire et le bilan de la propriété immobilière.

« On voudrait qu'un acheteur fût libre de ne pas faire trans- » crire. Il peut s'en dispenser; mais alors il n'a d'autre garantie » contre les hypothèques (ajoutons : et contre les nouvelles trans- » missions et constitutions de droits réels) à venir que la moralité » de son vendeur. »

Quant aux terreurs de M. Tronchet sur les acquisitions antérieures à la loi de brumaire, elles sont imaginaires.

En effet, « la disposition n'ébranle pas les anciennes acquisi- » tions; elle n'a trait qu'aux hypothèques créées par le vendeur » sur une chose dont il s'est dessaisi, et elle donne en ce cas la » préférence au prêteur, qui n'a rien à se reprocher, sur l'ache- » teur, qui ne peut imputer qu'à lui-même les suites fâcheuses » de sa négligence ou de sa crédulité; elle ne concerne que le

» vendeur *propriétaire véritable*, et non le *faux propriétaire* qui » a vendu l'héritage d'autrui. Si le vendeur n'a point la propriété » de l'immeuble, la transcription du contrat ne la transmet pas » à l'acheteur (art. 92, 2182). L'article 91 (supprimé) est d'ail- » leurs un moyen de prévenir la collusion frauduleuse de l'ac- » quéreur et du vendeur, qui, *si le contrat suffisait sans la trans- » cription*, pourraient se concerter pour faire des dupes en offrant » un faux gage. »

91. Tout cela est magnifique de précision, de clarté et de justesse d'idées. M. Tronchet n'insiste plus. La cause de la transcription est en effet gagnée; car personne ne propose de supprimer l'article 91. Seulement le président dit que « la rédaction de l'ar- » ticle ne rend pas assez clairement le sens que vient de lui don- » ner Treilhard. »

Ainsi donc, il est évident que c'est l'opinion de Treilhard qui est adoptée, c'est-à-dire, le principe de la loi de brumaire an VII. Mais le consul pense qu'il faut, par une décision formelle, donner satisfaction aux craintes exprimées par Tronchet en ce qui touche les acquisitions antérieures à la loi de brumaire.

D'un autre côté, l'article ne lui semble pas exprimer assez clairement que la transcription ne transfère pas la propriété à celui qui achète *a non domino* (1re espèce de M. Tronchet).

Il demande en conséquence que la rédaction soit réformée, non pas pour en changer le sens donné par M. Treilhard, mais afin qu'elle ne laisse aucun doute sur l'intention de la loi.

Le conseil, sur la proposition du consul, adopte en principe :

« 1° Que la disposition de l'article 91 n'est pas applicable aux » contrats de vente antérieurs à la loi du 11 brumaire an VII;

» 2° Que la transcription du contrat ne transfère pas à l'ache- » teur la propriété, lorsque le vendeur n'était pas propriétaire. » (1re espèce de M. Tronchet, cas de la vente faite *a non domino.*)

Les deux articles sont renvoyés à la section pour être rédigés dans le sens des amendements adoptés.

92. Il résulte bien évidemment de là que tous les contrats postérieurs à la loi de brumaire doivent être transcrits pour faire acquérir le domaine absolu, que les principes proclamés par Treil-

hard sont admis, que le projet est adopté, qu'on veut seulement un peu plus de clarté dans l'article 92, c'est-à-dire dans l'article 2182 du Code civil, et une addition à l'article 91 en ce qui touche les aliénations antérieures à la loi de l'an VII.

La section de législation, d'après cette décision, n'avait qu'une chose à faire : c'était de se présenter à la première séance avec deux articles ainsi conçus :

« Art. 2182. Les actes translatifs de propriété qui n'ont pas été ainsi transcrits ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente.

» Toutefois, cette disposition n'est pas applicable aux contrats de vente antérieurs à la loi du 11 brumaire an VII.

» Art. 2183 (aujourd'hui 2182). La simple transcription des titres translatifs de propriété sur les registres du conservateur ne purge pas les hypothèques et priviléges établis sur l'immeuble.

» Elle ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits que le vendeur avait lui-même sur la chose vendue. L'immeuble ne passe au nouveau propriétaire que sous l'affectation des priviléges et hypothèques dont il était grevé au moment de la transcription. »

Il n'en a pas été ainsi. Le premier de ces articles a disparu. Comment? on l'ignore. Est-ce oubli, inadvertance? cela est possible. Est-ce escamotage des rédacteurs? cela est encore possible. Tout ce qu'il y a de certain, c'est que l'article 91 du projet, c'est-à-dire le pivot du système, la base fondamentale de la propriété absolue, n'existe plus dans le Code civil. Il faut donc rechercher quelles sont les conséquences de cette disparition.

93. Faut-il en conclure, comme on l'a fait, que, l'article qui contenait le principe ayant disparu, le principe a disparu avec lui?

Oui, sans doute, si la volonté du législateur s'était manifestée par ses organes de manière à ne laisser aucun doute à cet égard; mais non...., si la discussion que nous venons d'analyser et les décisions qui l'ont accompagnée prouvent au contraire, comme cela n'est pas douteux, la pensée conservatrice.

Oui, sans doute, si les traces que le principe a laissées peuvent être suivies raisonnablement en son absence; mais non....., s'il

est resté le pilote indispensable du voyage; non....., si les conséquences qui en dérivaient et qui, écrites dans la loi, sont obligatoires pour tous, n'ont aucun sens en son absence; car alors sa disparition est désormais impossible, et il continue à vivre et à rayonner dans le cortége qui l'entoure, bien qu'il ne soit plus visible qu'à l'intelligence.

Personne n'a jamais douté que ce que le législateur décide par voie de conséquence ne soit aussi obligatoire que ce qu'il décide par un texte formel. Or la question ramenée à ce point peut-elle être un instant douteuse? Que deviennent, si on retranche la transcription translative du domaine, le Titre des donations (art. 938, 939, 941), le Titre de la vente (art. 1583)? que devient la publicité du privilége de l'aliénateur (art. 2106, 2108)? que devient le système hypothécaire tout entier (art. 2180, 2181, 2189, 2198)? On ne voit plus alors que des institutions qui n'atteignent pas le but proposé, qui parlent d'une publicité désormais menteuse sans le principe, qu'un ensemble de formalités sur lesquelles l'interprétation pâlira impuissante à découvrir le fil conducteur du labyrinthe..... ; tandis que la transcription met la lumière à la place du chaos, et fait voir que notre régime hypothécaire, tant critiqué, est vraiment bien conçu, et qu'il réalise la pensée du législateur, qui veut avant tout la sécurité publique. Eh bien! s'il en est ainsi, est-il possible, est-il même supposable que le timide conseil d'État de 1804 ait osé innover sur un point aussi fondamental, alors surtout qu'il était difficile d'arriver à un système plus protecteur des intérêts de tous? Et pourquoi? pour se jeter, non pas dans un ordre d'idées analogue au premier système des Romains, non pas même dans la *tradition* du VI[e] siècle et de l'ancienne jurisprudence française qui, toute défectueuse qu'elle puisse être, frappe au moins le public par quelque chose de matériel, par la possession, mais dans les nuages de la pensée, dans les théories des jurisconsultes philosophes de la nébuleuse Allemagne. Oh! non!... cela est impossible, et pour mon compte je ne l'admettais pas sur les bancs de l'école, malgré le prestige du talent du professeur, si puissant sur l'esprit des jeunes gens; je ne l'ai jamais admis depuis et je ne l'admettrai jamais.

94. Arrivée à ce point, la question est tranchée. Maintenant nous allons voir encore le système se développer dans plusieurs articles postérieurs à l'article 2182. Or, si le législateur ne marche plus, après cet article, qu'au flambeau du principe, c'est qu'apparemment il en reconnaît l'existence, et que la discussion de l'article 2182 a le sens que nous lui avons donné.

95. L'article 2183 dispose que le nouveau propriétaire absolu qui purge doit notifier l'extrait de la transcription de l'acte de vente. Donc la vente a dû être transcrite pour arrêter la propriété et par suite les inscriptions; car à quoi bon notifier aux créanciers hypothécaires l'extrait de la transcription, si la convention a transmis le domaine absolu, et a par suite arrêté le cours des inscriptions? Dans le système de nos adversaires, c'est la convention, et non pas la transcription, qu'il faut notifier aux créanciers hypothécaires. Admettez au contraire la transcription translative, et la notification de cet acte devient très-utile aux créanciers, afin de les avertir que la transmission est consommée à leur égard, que l'immeuble s'est converti en une somme d'argent. Ils savent alors, d'après les éléments qu'on leur fournit, quels sont les créanciers avec lesquels ils auront à concourir dans la distribution du prix; ils savent qu'à partir de telle époque la mutation s'est opérée à l'égard des tiers, et que par conséquent ils pourront repousser les créanciers retardataires qui viendraient leur disputer leur gage; ils savent enfin que, pour interrompre la prescription de leurs droits hypothécaires, c'est à l'acquéreur qui a transcrit, et non pas au vendeur ou à tout autre qui se dirait son successeur, qu'ils doivent s'adresser par l'action en déclaration d'hypothèque (art. 2180).

Autre argument:

96. Il résulte, d'une manière invincible, de la combinaison des articles 2166 et 2198, que les créanciers hypothécaires du vendeur peuvent s'inscrire, c'est-à-dire, acquérir le droit absolu d'hypothèque, jusqu'à la transcription. En effet, l'état des inscriptions doit être requis par l'acheteur *depuis la transcription*, suivant l'article 2198, et l'affranchissement de son immeuble n'a lieu, et la responsabilité du conservateur n'est engagée pour cause d'omission dans l'état des inscriptions, qu'à cette condi-

tion. Or si la convention était translative du domaine à l'égard des tiers, les créanciers du vendeur ne pourraient s'inscrire que jusqu'à la convention, et l'état à délivrer serait celui des charges existant sur l'immeuble non *au moment de la transcription*, mais *au moment de la vente*, puisque les droits absolus se règlent par l'ancienneté. Permettre l'inscription, dans le système que nous combattons, après la vente considérée comme transportant la propriété à l'égard des tiers, c'est permettre l'appréhension d'un gage sur une personne autre que le débiteur, c'est donner le droit de suite, au mépris de l'article 2166, à l'hypothèque *non inscrite*, ce qui est absurde dans un régime public. Et cependant, la loi permet la prise d'inscription jusqu'à la transcription. C'est donc que la propriété reste au regard du public dans les mains du vendeur, malgré la convention; c'est donc que la transcription seule transporte la propriété au regard des tiers!...

Autre argument encore :

97. L'article 2177 donne la préférence aux créanciers hypothécaires inscrits *sur les précédents propriétaires*, contre tous les créanciers des acheteurs subséquents. Qu'est-ce que cela signifie? Cela veut dire que chaque mutation a sa liquidation particulière. Quels sont les créanciers qui doivent prendre part à cette liquidation? Ce sont les créanciers inscrits sur chaque mutation qui les concerne. A quelle époque doivent-ils être inscrits pour être colloqués utilement? Au moment de la transcription qui les concerne. Ils sont alors inscrits *sur les précédents propriétaires*, c'est-à-dire, *à une époque où leurs débiteurs étaient encore propriétaires*. Eh bien! si, comme cela n'est pas douteux, ils ont pu s'inscrire utilement jusqu'au moment de transcription qui les concerne, c'est donc que, jusqu'à ces transcriptions, les débiteurs successifs étaient restés propriétaires malgré les conventions de ventes, puisque la loi, d'une part, ne leur donne le droit de primer les créanciers des acquéreurs subséquents qu'autant qu'ils sont inscrits *sur les précédents propriétaires*, et que, d'autre part, elle leur permet de s'inscrire utilement jusqu'à l'époque de chacune des transcriptions successives.

Je sais bien, et nous le verrons plus tard, que le conseil d'État a décidé, en 1805, que c'était la convention et non pas la

transcription qui arrêtait les inscriptions sous le Code civil; mais comme son avis n'est pas obligatoire, attendu qu'il n'a pas été approuvé par l'empereur, et comme l'interprétation qu'il contient ne peut nullement se soutenir en présence des textes du Code civil, notre argument, tiré de la combinaison des articles 2177 et 2198, n'en reste pas moins dans toute sa force.

98. Suivez maintenant ceci. Les notifications ont été faites; les offres du tiers détenteur n'ont pas été acceptées; une surenchère a eu lieu. Si c'est un autre que l'acheteur qui reste propriétaire en définitive, suivant l'adjudication sur surenchère, il transcrira le jugement (C. civ., art. 2189); car suivant l'article 22 de la loi sur l'expropriation forcée du 11 brumaire an VII, qui est le complément de la loi hypothécaire du même jour, l'adjudication doit être transcrite, à la diligence de l'adjudicataire, dans le mois de sa date, et il ne peut, avant l'accomplissement de cette formalité, se mettre en possession des biens adjugés. Le Code de procédure n'est pas encore fait au moment de la rédaction de l'article 2189, et quant à présent on consacre ce qui existe. Il faut bien d'ailleurs que la société connaisse le propriétaire qui est substitué à l'acquéreur dépossédé, et la transcription est le seul moyen d'y parvenir. Ainsi, d'après l'esprit comme d'après la lettre de la loi, la transcription est même nécessaire *sous le Code civil* pour les acquisitions résultant d'expropriations forcées, publiques de leur nature. Et on ne veut pas que la transcription soit nécessaire pour ce qu'il y a de plus clandestin, c'est-à-dire, pour la simple convention des parties!...

Mais si l'acquéreur lui-même, dont la propriété a été remise en question par la surenchère, reste adjudicataire en définitive, sera-t-il tenu de transcrire le jugement d'adjudication? Non, répond la loi (art. 2189). Pourquoi cela? C'est évidemment parce qu'il a transcrit son premier contrat, et qu'il a été tenu de le faire pour acquérir la propriété et arrêter par suite les hypothèques; propriété remise en question par le droit sanctionnateur de l'hypothèque, mais qui, continuant de reposer en définitive sur sa tête, n'exige pas une transcription nouvelle. La transcription du jugement qui lui maintient sa propriété ne ferait connaître au public qu'un fait déjà connu par la première transcription. Dans ce

cas l'adjudication n'est pas translative, elle est *déclarative* d'un droit préexistant.

Si au contraire il ne reste pas propriétaire, alors une nouvelle transcription est nécessaire, afin d'avertir la société que la première transcription est mise au néant, et que le public ne doit plus considérer l'acquéreur par contrat comme le véritable propriétaire. En effet, il a cessé de l'être; un autre a pris sa place.

Il est donc évident que le système de la loi de brumaire est en pleine vigueur dans le Code civil.

99. Autre développement de ce système.

L'article 2199 dispose que, dans aucun cas, les conservateurs des hypothèques ne peuvent refuser ni retarder la transcription des actes de mutation.

L'article 2200 organise le registre des dépôts, et ordonne que les transcriptions se fassent suivant les dates des dépôts eux-mêmes et dans l'ordre des remises.

Quel est le sens de ces dispositions? N'est-il pas évident que la loi, par l'article 2199, prend des précautions contre les mutations frauduleuses que le propriétaire pourrait encore consentir malgré la convention? Elle prévoit la fraude et elle cherche à l'éviter en ordonnant au conservateur de transcrire à l'instant même le contrat qui lui est présenté, afin qu'un autre acquéreur ne vienne pas enlever la propriété au premier qui a déposé son contrat pour être publié par le journal du conservateur. L'article 2200 démontre cette vérité de la manière la plus certaine. Si la transcription n'est plus nécessaire pour transporter la propriété au regard des tiers, si la question de préférence dépend de l'ancienneté de la convention et non pas de l'ancienneté de la transcription de la convention, à quoi bon toutes ces précautions de la loi qui veut que les transcriptions soient faites dans l'ordre des dépôts? Évidemment les articles 2199 et 2200 n'ont de sens, en ce qui touche la transcription, qu'autant que cette transcription transporte la propriété absolue à celui qui le premier dépose son contrat à la conservation des hypothèques.

100. Autre développement du système. L'argument est tiré de l'article 2180.

Cet article règle la prescription à l'effet de libérer l'immeuble

du droit hypothécaire. Le temps de la prescription est de dix ans entre présents et de vingt ans entre absents, au cas de juste titre et de bonne foi. A partir de quelle époque court la prescription? Si la convention transporte la propriété au regard des tiers, c'est-à-dire si, malgré sa clandestinité, elle est réputée connue de tous et obligatoire pour tous sans la transcription, elle l'est nécessairement pour le créancier hypothécaire, qui fait partie du public à l'égard du tiers détenteur. C'est donc à partir du moment de la convention que la prescription va courir, puisqu'à partir de ce moment le propriétaire pour lui est le nouveau maître de la chose, et qu'il pourra agir contre ce nouveau maître par l'action interruptive en déclaration d'hypothèque. Eh bien! voyez la loi; elle fait courir la prescription du droit hypothécaire à partir de la *transcription* du contrat. C'est donc que le créancier hypothécaire n'avait pas à agir et ne pouvait agir contre le tiers détenteur avant la transcription de son contrat; c'est donc qu'à son égard la propriété reposait toujours sur la tête du précédent propriétaire malgré la convention; c'est donc que la transcription de la convention transporte seule la propriété au regard des tiers.

101. Ainsi donc il résulte de l'ensemble des dispositions du Code civil que la transcription a été conservée comme moyen de transmission de la propriété immobilière. Si l'on n'admet pas cette idée, il faut déclarer abrogés tous les articles précités, ou bien les détourner de leur véritable sens, c'est-à-dire, les interpréter en législateur et non pas en interprète.

102. Passons maintenant à un autre genre de preuves.

Les orateurs du gouvernement exposent le régime hypothécaire au Corps législatif. C'est naturellement Treilhard, dont les idées sont admises, qui est chargé de présenter le projet; personne mieux que lui ne connaît le système. Il en est le principal créateur [1] : eh bien! qu'on lise son discours, qui est un chef-d'œuvre de haute raison, en se plaçant au 24 ventôse an XII, et on restera convaincu que le Code civil n'a pas innové en ce qui touche le point fondamental.

[1] Combien il est à regretter qu'il n'ait pas écrit!... L'impulsion donnée dans le principe par un tel homme aurait certainement fait prendre à la pratique et à la jurisprudence une voie tout autre que celle qu'elles ont prise.

« Les bases de la loi que propose le gouvernement, dit l'ora- » teur, sont celles de la loi du 11 brumaire an VII. »

Et plus loin : « Il faut pourvoir à ce que les créanciers aient » réellement l'intégrité de leur gage, à ce qu'ils ne soient pas les » victimes d'*actes clandestins et frauduleux entre le vendeur et* » *l'acquéreur.* »

Que peut-on répondre à cela? Rien, si ce n'est quelque argutie tirée de textes faussés dans leur esprit.

103. Au Tribunat, il s'est passé un fait qu'il faut constater; c'est l'origine de toutes les erreurs postérieures.

M. Grenier est chargé du rapport. Il me paraît avoir assez peu compris le système hypothécaire; son ouvrage, à mon sens, en est la preuve, malgré le mérite de beaucoup de détails. Il n'est nullement jurisconsulte d'ensemble; il n'a pas médité la discussion du conseil d'État sur les articles 91 et 92 du projet. Ce qui le frappe, c'est la disparition de l'article 91. Il en conclut que la transmission résulte de la convention seule, et que la transcription de la loi de brumaire n'existe plus; mais comme les articles 2181, 2182, 2198 le gênent, il transige avec lui-même, et le premier il fait apparaître une distinction qu'il va rétracter ensuite; en sorte que la transcription, qui est indispensable, ne sera d'abord dans son esprit qu'une chose utile, et puis ensuite elle deviendra un non-sens.

Les premiers exemplaires imprimés de son discours portent : « La transcription ne peut avoir d'autre effet que d'arrêter le » cours des inscriptions qui, sans cela, pourraient toujours être » faites pour les hypothèques établies sur l'immeuble vendu, et » de réduire les hypothèques *dont il doit être grevé à celles an-* » *térieures à l'acte translatif de la propriété*, et qui auront été » inscrites jusqu'à la transcription [1]. »

Mais en réfléchissant il s'aperçoit bientôt : 1° que ces paroles ne sont autre chose que la reconnaissance du système de la loi de

[1] Il veut dire par là que les hypothèques stipulées, mais non inscrites au moment du contrat, peuvent se révéler après la vente, mais seulement jusqu'à la transcription. Nous savons que c'est la conséquence du principe fondamental qui laisse le vendeur investi de la propriété au regard des tiers jusqu'à la transcription. Mais M. Grenier distingue là où il n'y a pas de distinction à faire, et sa distinction appliquée au Code civil ne repose sur rien.

brumaire qu'il croit ne plus exister ; 2° que le caractère qu'il vient de donner à la transcription sape dans sa base sa théorie de la transmission par la convention légalement prouvée ; 3° que si la transmission s'opère par la convention, il en résulte forcément que les tiers ne peuvent, en s'inscrivant postérieurement au contrat, acquérir un droit réel sur l'immeuble, devenu désormais, dans son système, étranger au débiteur, parce qu'il sait fort bien que l'hypothèque ne suit l'immeuble entre les mains du tiers détenteur qu'autant qu'elle est transcrite avant la transmission absolue de la propriété (C. civ., art. 2166), la préférence des droits absolus se réglant par l'ancienneté ; que par conséquent le propriétaire absolu n'est pas tenu de respecter une hypothèque qui n'existe pas à son égard..... M. Grenier se dit : Je me suis trompé [1] ; mon système est boiteux. Si j'admets que la transcription arrête le cours des inscriptions, c'est la loi de brumaire, et je pense qu'elle n'existe plus. Alors il se hâte de courir chez l'imprimeur, et au passage ci-dessus transcrit il substitue celui-ci :

« Cette transcription n'est plus nécessaire aujourd'hui pour la » transmission des droits du vendeur à l'acquéreur respectivement à des tiers, ainsi que l'avait voulu l'article 26 de la loi du » 11 brumaire an VII. Elle n'ajoute rien à la force du contrat, » dont la validité et les effets sont subordonnés aux lois générales » relatives aux conventions et à la vente [2]. En sorte qu'elle n'est » pas nécessaire pour arrêter le cours des inscriptions, qui auparavant pouvaient toujours être faites sur l'immeuble vendu, » même après la vente. »

Eh bien alors, monsieur Grenier, si la transcription ne transporte plus la propriété au regard des tiers ; si, comme conséquence forcée de cette abrogation de l'article 26 de la loi de brumaire an VII (et vous êtes dans le vrai lorsque vous parlez ainsi ; votre système n'a de sens qu'avec la conséquence que vous en ti-

[1] On a mis cela sur le compte d'un *erratum* de l'imprimeur ; mais le croira qui voudra.

[2] Mais, monsieur Grenier, le Titre de la vente (art. 1583) ne donne à la convention le pouvoir de transporter la propriété qu'entre les parties. Or si la convention ne transmet pas le domaine à l'égard des tiers, et si la transcription n'a plus cet objet, vous devez inévitablement arriver à cette conséquence, que le Code civil n'a pas statué sur la transmission immobilière au regard du public.

rez), les inscriptions, pour obliger les tiers détenteurs, doivent nécessairement être faites avant la convention qui établit suivant vous le *jus in re;* si, en d'autres termes, c'est la convention et non pas la transcription qui arrête les inscriptions..., dites-moi, s'il vous plaît, à quoi servira la transcription prescrite par une foule de textes du Code civil? C'est, dit-il, dans son ouvrage sur les hypothèques, *une formalité obscure!...* Eh! non, elle n'est pas obscure; elle est au contraire la lumière de toute la théorie; il ne s'agit, pour apprécier son véritable caractère, que de l'envisager comme nous l'avons fait, c'est-à-dire, comme le centre autour duquel gravite tout le système.

104. Nous avons fini notre tâche avec le Code civil. Il est évident qu'il n'a jamais été dans l'intention des rédacteurs du Code d'abroger le principe fondamental de la transcription translative. Le déplorable oubli ou l'escamotage de l'article 91 du projet a pu jeter des doutes dans l'esprit d'un homme timide comme M. Grenier; mais les opinions des orateurs du gouvernement ne sont pas obligatoires. Où en serait-on si tout ce qui se dit à la tribune de nos chambres, dans la confection des lois civiles, était obligatoire pour la France? Dans tous les cas, entre les idées contraires de Treilhard et de Grenier, le choix ne peut être un seul instant douteux. Nous en croirons le législateur et l'homme d'État qui a coopéré à la loi dès son origine en l'an VII, qui l'a suivie et défendue en 1804, plutôt que le tribun qui ne l'a pas faite, et qui a tergiversé quand il s'agissait d'en fixer le sens.

Passons maintenant au Code de procédure.

HUREAUX.

(La fin à un prochain cahier.)

De l'exécution de l'article 55 du Code civil, quant à la constatation des naissances.

Par M. J.-N. LOIR, docteur en médecine de la Faculté de Paris, membre et secrétaire de la Société de médecine du département de la Seine [1].

§ 1er. — De la constatation des naissances dans l'intérêt de l'État et des familles.

Un premier mémoire, que j'ai présenté à l'Académie des sciences morales et politiques [2], a eu pour objet de démontrer que l'article 55 du Code civil n'était pas exécuté dans la plus grande partie de la France, qu'il existait à ce sujet des difficultés sérieuses, que le mode actuel de constater les naissances entraînait après lui de graves inconvénients pour la santé et la vie des enfants. J'ai avancé que la constatation à domicile était à mes yeux une simple mesure administrative, tout aussi admissible pour les naissances que pour les décès, et à laquelle le texte de la loi ne s'opposait point.

Les observations que j'ai lues devant l'Académie [3] ont été soumises aux conseils généraux de 1845 [4], elles ont attiré l'attention de trente-huit d'entre eux. Dans ce nombre dix-huit ont exprimé le vœu que le mode d'exécution de la loi fût modifié, ajoutant que l'article 55 du Code n'avait rien de contraire à cette modification.

D'autres conseils, et la majorité des maires de Paris, ont été opposés à l'adoption de la mesure proposée ; ils ont fait des objec-

[1] Nous avons accueilli avec empressement ce travail, relatif à un projet de réforme dont M. le docteur Loir poursuit la réalisation avec une louable persévérance. C'est le développement d'une lecture faite à l'Académie des sciences morales et politiques, le 17 octobre dernier ; le manuscrit de ce mémoire a été communiqué au conseil général de la Seine à sa dernière session.

(*Note des directeurs de la Revue.*)

[2] *V.* le t. VIII, p. 89, du Compte rendu de l'Académie des sciences morales et politiques, par MM. Loiseau et Vergé.

[3] Séance du 19 juillet 1845.

[4] Seulement il est à regretter qu'un seul exemplaire du mémoire ait été envoyé à chaque conseil général.

tions qui m'ont paru comporter une discussion nouvelle plus approfondie.

Le conseil général du Nord a exprimé le vœu « que des mesures fussent prises pour que la présentation des enfants nouvellement nés à l'officier de l'état civil, en conformité de l'article 55 du Code, fût faite au domicile de l'enfant. »

Le conseil général de la Seine a demandé que « l'administration fît étudier la question de savoir s'il ne serait pas possible de modifier les conditions de la présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil pour la constatation des naissances. »

Un sujet aussi grave, qui intéresse à un si haut degré l'État et les familles, sollicite des études sérieuses; il faut à cet égard éclairer l'opinion publique.

Nous ne sommes plus au temps où, comme chez les Romains, le père avait, au préjudice de l'État, le droit barbare de tuer et de vendre son fils, ni à cet autre temps plus reculé, où, comme chez les Grecs, l'enfant appartenait exclusivement à l'État, qui s'en emparait dès le berceau, et en disposait à son gré. Méconnaissant les lois et les affections de la nature, les Lacédémoniens détruisaient même les enfants faibles ou infirmes.

Aujourd'hui, d'après nos mœurs et l'esprit de nos lois, le droit de l'État doit être respecté, et l'intérêt des familles doit être pris en considération. Mes efforts ont pour but l'intérêt public, mais plus particulièrement celui des familles dont le mode actuel d'application de la loi n'a pas tenu assez de compte.

Toutes les mesures destinées à améliorer la constitution physique des enfants, à empêcher ce qui pourrait leur nuire, doit être recherché avec soin. Par l'inspection du travail des enfants dans les manufactures, on a voulu remédier à des abus, qui influaient d'une manière fâcheuse sur leur organisation et sur leur développement; par l'établissement des salles d'asile, on est parvenu à améliorer le sort des jeunes enfants de la classe ouvrière; par la création toute récente des crèches, on a fait un pas de plus vers le même but.

Suivant cette impulsion, et remontant vers la naissance, je

viens essayer de protéger de la même manière les premiers moments de la vie. L'enfant naissant a, comme on le sait, une existence très-précaire; la constitution de ses organes est très-faible, la vie même dans l'état de santé est mal établie; et les plus légères influences lui impriment souvent une direction vicieuse, qui se prolonge indéfiniment. Le transport prématuré de l'enfant à la mairie est une des causes de la mortalité des nouveau-nés; il aggrave les maladies que l'enfant peut apporter en naissant, il est la cause d'affections souvent très-dangereuses.

Si l'on a reconnu l'utilité des crèches, on reconnaîtra, sans aucun doute, la nécessité d'une mesure très-simple, d'accord avec la loi civile tout aussi bien qu'avec les lois de la nature, et qui est en quelque sorte, comme on l'a dit, *une introduction aux crèches.* Cette mesure, en effet, doit contribuer à donner à celles-ci des enfants bien portants en plus grand nombre, et même à prévenir les effets désastreux de l'envoi prématuré en nourrice. Pour arriver à ce résultat, il faudrait que la mère gardât son enfant chez elle pendant les quinze premiers jours; après ce laps de temps, elle le ferait partir avec plus de sécurité, ou l'apporterait aux crèches. Les secours à domicile, la charité publique, si puissante dans les grandes villes, pourraient faciliter aux classes indigentes les moyens de garder une quinzaine de jours la nourrice et son nourrisson, soit chez elles, soit au bureau des nourrices; et même il paraît résulter d'observations recueillies à l'Hôtel-Dieu de Paris, que l'allaitement du nouveau-né par sa mère pendant les quinze premiers jours de la naissance offrirait le grand avantage de diminuer la fréquence et la gravité des accidents qu'on est appelé à observer chez les femmes en couches. Après ce temps seulement, l'enfant serait livré à une nourrice, si l'allaitement maternel, qui, par ce moyen, serait rendu plus fréquent, n'avait plus lieu; ce serait aussi avec plus de chances de succès que l'enfant pourrait être élevé au biberon.

La belle institution des crèches n'a pas été, dès le principe, accueillie par l'autorité, qui, aujourd'hui, l'a prise sous sa protection. Il est bientôt devenu évident qu'elle était appelée à soulager de grandes misères et à procurer une efficace protection au

premier âge, dont, jusqu'à ce jour, on s'était peu occupé.

Mon intention était de ne traiter désormais que de la partie essentiellement médicale de la question. Je n'ai pu cette année terminer cette partie de mon travail, et la soumettre au jugement de l'Académie royale de médecine, dont les suffrages sont acquis à la cause que je défends, mais je crois utile de présenter encore quelques considérations relatives à la légalité de la mesure que je propose.

L'expérience démontre chaque jour que les inconvénients qui résultent, pour la santé des enfants, du mode actuel d'exécution de la loi, sont *assez graves*, *assez fréquents*, *assez constatés*, pour fixer l'attention.

Si les enfants naissent bien portants, ils sont, par le fait du transport prématuré à la mairie, lorsque, pour ainsi dire, ils ne sont pas encore entrés dans la vie, exposés à des maladies qui souvent les font périr ou les rendent infirmes. S'ils naissent infirmes, malades ou convalescents, on les soumet à des influences pernicieuses, qui aggravent le mauvais état de leur santé, compromettent leur vie, et certainement augmentent le nombre des personnes valétudinaires.

Je vais essayer de démontrer ici que l'article 55 du Code civil ne s'oppose pas aux modifications que je veux introduire.

Mais avant d'entrer dans cette discussion je dois répondre à une objection en apparence très-sérieuse, que la majorité des maires de Paris a présentée. Ils ont dit : « Si les enfants pauvres » ont à souffrir dans le transport à la mairie, faute de vêtements » qui les garantissent suffisamment, le transport à l'église pour » le baptême dans un lieu souvent froid et humide, et leur envoi » en nourrice presque immédiatement après la constatation de » la naissance, devraient leur être bien plus funestes.

» Or, dans l'hypothèse de l'adoption du système de vérifica- » tion à domicile, il deviendrait également nécessaire d'organi- » ser parallèlement à ce service un autre service pour l'adminis- » tration du baptême. En effet, le danger qu'on a voulu éviter » de la présentation à la mairie, ne se reproduirait-il pas entière- » ment pour le transport à l'église? Dès lors, pour atteindre le » but de conservation des enfants, que l'on se propose, ne se-

» rait-il pas nécessaire que la cérémonie du baptême ne fût ad-
» ministrée qu'à domicile [1]. »

On a craint, comme on le voit, que la constatation des naissances à domicile, ne fît négliger l'accomplissement de la cérémonie religieuse. Cette crainte est mal fondée : le sentiment religieux rend obligatoire la cérémonie du baptême pour la majorité des Français, qui est catholique; mais l'époque où elle doit avoir lieu est facultative, c'est-à-dire qu'elle peut être différée, elle n'est pas exigée dans les trois premiers jours qui suivent celui de la naissance. Elle aurait lieu à l'église après les quinze premiers jours à compter de la naissance, lorsque la sortie de l'enfant peut s'opérer sans danger. Elle a lieu le plus souvent dans les trois premiers jours, parce que l'on profite du transport à la mairie, ou qu'on envoie l'enfant prématurément en nourrice. En différant, comme je le propose, on préviendrait les suites désastreuses de la fête du baptême au domicile des accouchées, à l'époque la plus critique des couches, dans la chambre même de l'accouchée chez les indigents, et à la suite de laquelle on a fréquemment à déplorer des accidents mortels. « Trop souvent à la » fin de ce jour de fête, » dit le professeur Velpeau, « elle (la » femme) se trouve prise de symptômes assez graves pour la con- » duire aux portes de la mort [2]. » Il n'y aurait donc pas de service à établir pour aller donner le baptême à domicile.

Le clergé, toujours sensible à la voix de l'humanité, convaincu d'ailleurs que la cérémonie du baptême ne serait point négligée, ne peut manquer d'adopter les idées que j'expose. Les cas d'urgence de baptême à domicile ne seraient pas rendus plus fréquents; l'ondoiement serait toujours pratiqué, lorsque la cérémonie du baptême devrait, par quelque circonstance fortuite, être ajournée à une époque éloignée.

Du reste il est un fait que personne ne peut contester. En général la distance pour se rendre à l'église est moins grande que celle qu'il faut parcourir pour aller à la municipalité. Dans les villes les églises sont nombreuses et se trouvent bien

[1] Extrait du rapport de M. le préfet de la Seine à M. le ministre de l'intérieur, août 1846.

[2] Traité élémentaire de l'art des accouchements.

plus à la proximité des familles que les mairies. Ainsi à Paris on compte trente-neuf églises catholiques, plusieurs temples protestants, et seulement douze mairies; dans le premier arrondissement il y a pour une mairie cinq églises, Saint-Pierre de Chaillot, Saint-Philippe du Roule, Saint-Louis d'Antin, la Madelaine, Saint-Roch, qui dessert à la fois le 1er et le 2e arrondissement, plusieurs chapelles, une église affectée au culte russe, plusieurs temples protestants. Il en est de même dans les villes de province un peu considérables; en général elles n'ont qu'une seule mairie et plusieurs églises.

§ 2. — Du texte de la loi.

Le texte de l'article 55 du Code civil est ainsi conçu : « Les dé-» clarations de naissance seront faites dans les trois jours de l'ac-» couchement à l'officier de l'état civil du lieu; l'enfant lui sera » présenté. »

L'interprétation de cet article a donné lieu à quelques controverses. Il ne s'élève aucun doute sur le sens de la première partie, partie fondamentale. La déclaration doit être faite à l'officier de l'état civil, à la mairie, en présence de deux témoins, devant lesquels l'acte est rédigé : tous sont d'accord sur ce point, jurisconsultes, magistrats, administrateurs. En effet l'acte tire son authenticité de sa rédaction au siége même de la mairie, par l'officier public dépositaire et gardien des actes de l'état civil.

Quant à la présentation, elle n'est exigée qu'à titre de renseignement. Elle n'est point ordonnée par la législation des nations voisines; chez nous même elle n'est point l'objet d'une disposition impérieuse, et il faut dire qu'elle n'est pas exactement observée. Si l'on consulte les discussions qui ont eu lieu lors de la rédaction de l'article 55, on est conduit à reconnaître qu'il n'impose pas, en ordonnant la présentation, le transport de l'enfant à la mairie; la présentation, de quelque manière qu'elle ait lieu, procure le résultat qu'on a voulu obtenir, la preuve positive de la naissance, du sexe, de l'identité de l'enfant. La loi de 1792 disait expressément que l'enfant devait être porté à la maison com-

mune; les rédacteurs du Code civil ont supprimé cette disposition, « parce que, » a-t-on dit (procès-verbal du conseil d'État, séance du 12 ventôse an XI), « en se bornant à décider que » l'enfant serait présenté sans spécifier le lieu, on a voulu que la » loi laissât à cet égard la plus grande latitude. » C'est aussi dans le même sens que M. Réal (séance du 6 fructidor an IX) avait dit « que la présentation était inutile, parce que l'acte tirait sa » force de la déclaration appuyée de deux témoins, et non de la » présence de l'enfant, que d'ailleurs des obstacles naturels pou» vaient s'opposer à l'accomplissement de cette formalité. »

Plusieurs jurisconsultes éminents professent la même doctrine. Je me contenterai de citer l'opinion de M. Valette, professeur de Code civil à la Faculté de droit de Paris.

« Qu'est-ce qui dans nos lois, » dit-il (*Gazette des tribunaux* du 9 septembre 1845), « peut mettre obstacle à la réalisation de » ces idées si simples, si conformes au vœu de l'humanité? Les » jurisconsultes répondront hardiment : rien. Qu'ordonne en ef» fet l'article 55 du Code? C'est que *l'enfant soit présenté à l'offi» cier de l'état civil*. Rien de plus raisonnable assurément; car il » est bon d'avoir une certitude légale et *de visu* de la naissance et » du sexe. Mais l'article 55 ne dit pas que la présentation doive se » faire en tel lieu et non en tel autre. Il n'ordonne pas le moins » du monde que l'enfant soit examiné précisément tout auprès » des registres de la mairie, à côté de la table du commis-rédac» teur, c'est-à-dire à une distance de plusieurs kilomètres, qu'il » faudra franchir par des temps de pluie, de vent, de neige. » Une loi gênante était sans doute celle du 20 septembre 1792, » parce qu'elle exigeait (tit. III, art. 6) *que l'enfant fût porté à » la maison commune, ou autre lieu servant aux séances de la » commune, pour être présenté à l'officier public;* elle ajoutait, » il est vrai, par forme de restriction : *en cas de péril imminent, » l'officier public sera tenu, sur la réquisition qui lui sera faite, » de se transporter dans la maison où sera le nouveau-né.* Mais » dans le Code civil rien de semblable; le Code laisse en cette » matière à l'administration la liberté complète de son allure. » Rien de restrictif dans son texte; point de distinction mal avi» sée entre le péril imminent et le péril douteux et éloigné. Ce

» point pourra donc, sans difficulté, être réglé par l'autorité ad-
» ministrative supérieure, sans qu'elle ait besoin de recourir au
» pouvoir législatif. Cette dernière remarque a de l'importance,
» car nous savons que c'est toujours une chose grave que la révi-
» sion d'un article du Code civil ; la proposition de M. Loir nous
» semble donc offrir toutes les chances désirables de succès. En
» somme, il n'est pas question ici de théories de législation plus
» ou moins contestables, mais d'une question où tout est simple,
» intérêt et solution. »

§ 3. — De l'esprit de la loi.

Dans l'article 55 du Code civil, la pensée du législateur a été de déterminer, d'une manière positive, l'état civil du nouveau-né, dans l'intérêt du pays, des familles, et du nouveau-né lui-même.

Tout citoyen doit au moins quelques années de sa vie à la défense de l'État, et l'âge fixé pour le recrutement, qui est obligatoire, ne peut être déterminé d'une manière rigoureuse, que par la constatation prompte et exacte de l'état civil de chaque individu. Aussi a-t-on reconnu généralement qu'il était nécessaire que la déclaration et la rédaction de l'acte de naissance eussent lieu dans le plus bref délai ; on a porté ce délai à trois jours parce que le délai de vingt-quatre heures, prescrit par la loi de 1792, a paru insuffisant.

La déclaration a été considérée comme la chose essentielle; toutefois l'expérience a fait reconnaître que, seule, elle était un moyen insuffisant, qu'elle était sujette à des erreurs, qu'elle rendait possibles les fraudes. En conséquence. et dans la pensée de prévenir les abus, le législateur a voulu que la naissance fût prouvée, que l'enfant fût présenté à l'officier de l'état civil, de même qu'il a exigé dans l'article 77, que l'officier de l'état civil se transportât auprès de la personne décédée pour s'assurer du décès. Il suffit de rapprocher ces deux articles pour faire ressortir la pensée du législateur dans l'un et dans l'autre. L'article 55 statue d'une manière générale, laissant à l'administration le soin de régler les détails, dans lesquels la loi ne peut descendre. « La

» loi, » dit Locré, « n'établit que des préceptes généraux féconds » en conséquences; elle ne les détermine pas, elle ne peut » même pas les déterminer, car il faudrait ensuite régler chaque » cas par une disposition, ce qui serait contre la nature des » lois. »

Ainsi le législateur n'a pas voulu que l'acte de naissance fût dressé sans une preuve certaine du fait de la naissance ; il a pensé qu'elle résulterait de la présentation, de quelque manière qu'elle ait lieu; il n'a pas voulu faire, et il n'a pas fait, du transport de l'enfant à la mairie, une condition expresse : cela résulte, encore une fois, du procès-verbal du 12 ventôse an XI. Il ne pourrait exiger un mode d'application si préjudiciable aux enfants et aux familles, d'autant plus que, en suivant les discussions du conseil d'État, on voit que l'on a agité fortement la question de l'impossibilité du transport, et même (car on a été jusque-là) de l'inutilité de la présence de l'enfant à la rédaction de l'acte, qui doit tirer sa force de la déclaration appuyée de deux témoins et non de la présence de l'enfant.

Du reste, écoutons ce que dit M. Dalloz aîné dans son *Répertoire général de la jurisprudence du royaume* (nouvelle édition) : « La présentation de l'enfant à l'officier public est une » précaution sage, qui prévient des abus, tels que celui de faire » inscrire comme nouveau-né un enfant de deux ou trois ans. Mais » ce qui constitue l'acte de naissance, c'est la déclaration des » témoins, la signature de l'officier public, l'observation des » formalités, qui tiennent à la substance de l'acte, et sans les» quelles il ne peut subsister. La présentation n'est pas de ce » nombre; ce qui prouve qu'elle n'est pas indispensable, c'est » qu'elle peut toujours être illusoire, car rien n'empêche de pré» senter un enfant appartenant à d'autres parents que ceux à qui » on l'attribue. »

Plusieurs arrêts rendus à différentes époques confirment cette doctrine.

§ 4. — De l'application de la loi.

« Si les magistrats entrent bien dans la pensée du législateur, » a dit Locré [1], « ils marcheront constamment vers le but qu'il » s'est proposé, ils appliqueront la loi aux circonstances comme » il l'eût appliquée lui-même, et alors elle aura le résultat qu'on » espérait. »

En 1792, époque de régénération dans l'ordre social, on était porté à méconnaître les droits de la famille, pour exagérer les droits de l'État; les actes législatifs avaient trop de gravité et d'importance pour qu'on pût s'inquiéter d'une question en apparence si minime, de l'existence encore si frêle d'enfants nouveau-nés. Le transport à la maison commune était une mesure de rigueur nécessitée par les circonstances pour assurer à l'État son droit. La séparation complète entre l'ordre civil et l'ordre religieux venait de s'opérer; les actes de l'état civil n'étaient dressés que très-irrégulièrement, qu'avec de grandes difficultés; les fraudes (soustractions, substitutions) étaient nombreuses; les moyens devaient être en quelque sorte violents; c'est sous l'influence de cet état de choses que fut rédigée la loi du 20 septembre 1792.

En 1803, les circonstances ne sont plus les mêmes, l'ordre civil est bien établi, les esprits plus calmes, les pensées plus réfléchies; mais le régime militaire domine, on s'occupe de conquêtes, de guerres à l'extérieur: on subit cette influence nouvelle, on voit l'intérêt de l'État, mais on entrevoit déjà l'intérêt des familles; et la loi de 1803 est rédigée avec une sagesse incontestable.

La loi du 20 septembre 1792 exigeait que dans les vingt-quatre heures la déclaration fût faite, l'enfant porté à la maison commune, et l'acte dressé devant témoins. En 1803, et lors de la rédaction du Code civil, on a reconnu que ce délai était trop court, on l'a porté à trois jours. Dans la loi de 1792, on exigeait (tit. III, article 6) « que l'enfant fût porté à la maison commune,

[1] Esprit du Code Napoléon.

» ou autre lieu servant aux séances de la commune, pour être » présenté à l'officier public. » Dans l'article du Code civil on supprime cette disposition, on admet la présentation au domicile de l'enfant tout aussi bien qu'à la mairie. La loi laisse la plus grande latitude, en se bornant à décider que l'enfant sera présenté, sans spécifier dans quel lieu. La loi de 1792, par forme d'exception, ajoutait : « En cas de péril imminent, l'officier public sera tenu, sur la réquisition qui lui en sera faite, de se » transporter dans la maison où sera le nouveau-né. » Dans le Code civil, le législateur ne répète pas cette disposition, il admet, d'une manière implicite, que l'officier de l'état civil peu venir au domicile de l'enfant constater la naissance. S'il est établi que le transport prématuré de l'enfant peut nuire à sa santé, mettre sa vie en péril, on appliquera la loi selon la pensée du législateur en constatant la naissance à domicile. Les magistrats n'ont, jusqu'à présent, consenti à la présentation à domicile que dans les cas où l'enfant se trouvait à la dernière extrémité, et le plus souvent l'officier public venait assister à ses derniers moments. N'est-il pas plus rationnel de prévenir le mal, ou du moins de ne rien faire qui puisse l'aggraver, et de ne pas attendre que l'enfant soit au plus mal pour user d'un mode d'application de la loi, que le législateur autorise, et que l'humanité commande.

Les précédents législatifs et réglementaires, qui ont servi de base au service de la vérification des décès, doivent être rappelés ici avec avantage.

Dans la loi du 20 septembre 1792, il est dit (art. 2) : « L'officier public se transportera au lieu, où la personne sera décé- » dée, et après s'être assuré du décès, il en dressera l'acte sur » les registres doubles. »

Cet article parut bientôt d'une exécution difficile [1]. L'aversion que cause aux personnes du monde la vue d'un cadavre, nous donne facilement l'explication du mode d'exécution de la loi qui fut promptement adopté. D'ailleurs la pensée seule qu'à défaut de vérification suffisante des personnes vivantes pourraient être

[1] Circulaire de M. le préfet de la Seine, juillet 1844.

enterrées, a fait de suite aviser aux moyens de prévenir une erreur qui fait frémir [1]. Nous mourrons, mais nous ne naîtrons plus! C'est par égoïsme que nous avons jusqu'à ce jour oublié de porter notre sollicitude vers un temps passé pour nous, vers le moment de la naissance.

Le préfet Frochot, dans sa circulaire du 21 vendémiaire an IX (13 octobre 1800), a établi en principe que les officiers de l'état civil ne réunissaient pas les lumières suffisantes pour déclarer avec certitude qu'un décès était réel, et il a reconnu avec raison que des médecins étaient les seules personnes compétentes pour cette vérification. Par là il a voulu prévenir les erreurs et donner à l'exécution de la loi une pleine garantie.

L'article 77 du Code civil laisse également dans le domaine réglementaire le mode de vérification, il est ainsi conçu : « Aucune inhumation ne sera faite sans une autorisation, sur papier » libre et sans frais, de l'officier de l'état civil, qui ne pourra la » délivrer qu'après s'être transporté auprès de la personne décé- » dée, pour s'assurer du décès, et que vingt-quatre heures après » le décès, hors les cas prévus par les règlements de police. »

Ces dispositions relatives aux décès, sont tout à fait applicables aux naissances. L'ordre public, l'intérêt de l'humanité, celui des familles, exigent que l'on prenne les mêmes précautions pour assurer aux actes de naissance l'authenticité nécessaire, prévenir les fraudes et les erreurs, et remédier à la fâcheuse influence du mode actuel d'exécution de la loi sur la santé et la vie des enfants.

Les employés qui suppléent les officiers de l'état civil, bien qu'ils n'aient pas la responsabilité des actes, n'affaiblissent pas les garanties de la loi, en faisant tomber l'obligation sur celui qui n'a pas la responsabilité. Seuls ils n'offrent pas à la loi les garanties convenables, ils ne possèdent pas *les lumières suffisantes* pour établir avec sûreté l'état civil de l'enfant naissant dans toutes les circonstances qui peuvent se rencontrer. De même que pour les décès, on peut dire aussi qu'il est nécessaire que les maires eux-mêmes puissent se faire suppléer, en ce qui con-

[1] Circulaire du préfet de la Seine, juillet 1843.

cerne la présentation, par les hommes seuls compétents en pareille matière. Cette mesure, loin d'affaiblir la loi, viendrait la corroborer.

Le seul cas de mort apparente, prise pour mort réelle [1], a fait reconnaître la nécessité de l'intervention du médecin dans l'exécution de l'article 77 du Code civil. Les raisons qui militent pour cette intervention dans l'exécution de l'article 55 du même Code sont nombreuses. Les circonstances graves dans les naissances peuvent se présenter plus fréquemment que les inhumations précipitées avant l'institution de la vérification des décès.

La détermination du sexe, dans certains cas, offre quelquefois même pour les personnes de l'art, des difficultés qui passent, le plus souvent, inaperçues sous les yeux de l'employé chargé de la présentation. Lorsque ce dernier vérifie le sexe, il n'hésite jamais dans sa détermination, et il est exposé à commettre des erreurs en désignant, sans s'en douter, un sexe pour un autre.

« On conçoit, » dit M. Geoffroy Saint-Hilaire (Isidore), à propos de l'hermaphrodisme masculin [2], « qu'il peut et qu'il » doit être difficile de reconnaître sous d'aussi trompeuses apparences le véritable sexe d'un enfant affecté d'un tel hermaphrodisme. Un anatomiste est alors exposé à se tromper, si un » examen attentif et minutieux n'a pas servi de base à sa détermination. A plus forte raison en est-il ainsi des personnes peu » instruites qui, dans la plupart des cas, sont chargées de la détermination du sexe des enfants nouveau-nés, et règlent par » leur décision souvent irréfléchie les conditions de l'inscription » sur les registres de l'état civil. »

Et plus loin, à propos de l'hermaphrodisme féminin : « La » difficulté de la distinction, » dit le même auteur, « est quelquefois assez grande chez l'adulte pour que des médecins appelés à constater le sexe d'un hermaphrodite essentiellement » femelle, aient hésité et émis des opinions contraires. A plus » forte raison, la détermination du sexe des petites filles nouvellement nées et affectées d'hermaphrodisme, est-elle quelque-

[1] Circulaire du 21 vendémiaire an IX.

[2] Histoire générale et particulière des anomalies de l'organisation chez l'homme et chez les animaux, t. II.

» fois un problème presque insoluble, surtout pour les personnes » peu instruites et souvent même entièrement étrangères à l'a» natomie, qui sont appelées à prononcer.

» Aussi des erreurs ont-elles été commises en plus d'une oc» casion, et de même que, dans le paragraphe précédent, nous » avons fait l'histoire d'hommes qui, sur la foi de leurs parents et » de leur acte de naissance, se sont crus femmes pendant une par» tie ou même la totalité de leur vie, et se sont mariés comme » telles, de même il n'est pas sans exemple que des femmes éle» vées comme hommes se soient crues et aient été crues du sexe » masculin pendant un grand nombre d'années. »

Marc, connu par ses travaux de médecine légale, et beaucoup d'autres médecins légistes, rapportent des exemples relatifs à ce sujet.

M. le professeur Orfila, doyen de la Faculté de médecine de Paris, dans son ouvrage de médecine légale (t. I[er]), cite le passage suivant d'un article de M. Marc : « Rien ne conduit plus ai» sément à des erreurs que de prétendre dans tous les cas » déterminer, peu de temps après la naissance, le sexe d'enfants » dont les parties génitales ne sont pas régulières. Lorsque la » conformation de l'individu laisse le moindre doute sur le véri» table sexe, il est convenable d'en avertir l'autorité, et d'em» ployer, s'il le faut, des années à observer le développement » progressif du physique comme du moral, plutôt que de hasar» der sur le sexe un jugement que des phénomènes subséquents » pourraient tôt ou tard renverser [1]. »

M. Orfila ajoute : « La détermination du sexe a été tellement » difficile que des médecins également habiles, ont émis des opi» nions contraires, en déclarant les uns que l'individu soumis à » leur examen appartenait au sexe masculin, tandis que les » autres le regardaient comme faisant partie du sexe féminin. »

Parmi les faits nombreux qui se trouvent dans les divers recueils, nous nous contenterons de rappeler les suivants :

1° L'observation d'Adelaïde de Préville, mariée depuis longtemps, et vivant en bonne intelligence avec son époux, morte à

[1] Extrait de l'article de M. Marc, Dictionnaire des sciences médicales.

l'Hôtel-Dieu de Paris, en l'an IX, à l'âge de quarante ans (*Recueil périodique de la société de médecine*, t. II).

2° L'observation publiée par Dugès et Toussaint, en 1827, où il s'agit d'un individu inscrit sur les registres de l'état civil sous le nom de Joséphine Badré, et qui, jusqu'à vingt ans, avait porté les vêtements de femme (*Éphémérides médicales de Montpellier*, mai 1827).

3° L'observation de Marie Marguerite, qui, inscrite sur les registres de l'état civil comme appartenant au sexe féminin, est déclarée, en vertu d'un jugement rendu en 1813, après une nouvelle visite faite par trois médecins, appartenir au sexe masculin (*Bulletin de la société de médecine*, n° 10, année 1815).

4° L'observation publiée en 1815, dans le *Bulletin n° 2 de la Faculté de médecine*, par le professeur Béclard, et dans le *Journal général de médecine*, t. II, p. 372, par le docteur Jacquemin, de Marie Lefort, qui pendant toute sa vie, fut considérée comme homme, et qui, à sa mort, à la Pitié, dans le service du professeur Béclard fut examinée avec soin et reconnue pour femme.

5° On peut citer, comme fait historique, ce moine qui, sous Louis XI, accoucha, au grand étonnement du public.

6° Ici vient naturellement se ranger un fait qui s'est passé, il y a quelques années, au conseil de révision du département de la Seine, il s'agissait d'un étudiant en droit d'un des arrondissements de Paris, conscrit, désigné dans son acte de l'état civil comme garçon, mais dont les organes génitaux, vicieusement conformés, examinés avec soin à la visite, furent reconnus appartenir au sexe féminin.

Les questions d'identité, de substitution, de supposition de part, sont d'une haute importance, elles exigent des garanties que les actes de l'état civil, dans le mode actuel, ne donnent pas.

L'employé de l'état civil ne peut reconnaître l'identité d'un enfant naissant, il ne peut distinguer le nouveau-né qui n'a pas trois jours de l'enfant qui a plusieurs semaines [1]. Aussi en résulte-t-il que des suppositions, des substitutions de part, des déclara-

[1] L'enfant que l'on substitue est ordinairement plus âgé.

tions tardives pourraient passer inaperçues. Ici une jeune femme meurt en couches, son enfant est mort avant elle, il s'agit d'un héritage considérable qui doit être dévolu à sa famille; on vient présenter à l'état civil un enfant qui n'est pas le sien; l'employé dresse l'acte, et l'ordre de succession établi par la loi est interverti; c'est la famille du mari qui est assurée de la fortune, au préjudice de la famille de la mère. Là une femme donne le jour à un enfant dont le sexe ne convient pas, on lui substitue un autre enfant. Les droits de l'enfant légitime, que la loi doit déjà protéger, sont transportés à un étranger. Une femme enceinte perd son mari, elle aura la jouissance de sa fortune si elle a un enfant, et qu'elle lui survive; elle fait une fausse couche ou met au monde un enfant mort, elle peut se procurer un enfant qui n'est pas le sien et le faire présenter à l'état civil pour un enfant naissant; dans ce cas il est fort difficile de reconnaître la fraude.

Il peut aussi arriver que l'enfant ne soit déclaré qu'après le délai de trois jours, au bout de dix, quinze jours, et même plus tard, pour différents motifs. Le but pourrait être de lui faire gagner une année pour le service militaire, pour les études de collége, pour le concours des écoles.

Mais un point digne de toute l'attention, c'est que dans le nombre considérable des enfants qui sont déclarés comme morts-nés, il s'en trouve beaucoup qui ont réellement vécu, les uns six ou sept heures, d'autres deux jours et même quatorze jours. Ces faits ne pourraient manquer d'être éclaircis par les observations que serait à même de faire le médecin chargé de la constatation de la naissance [1].

La loi de 1792 faisait un devoir de vérifier le sexe; on doit supposer à plus forte raison la même intention aux législateurs de 1803; et, en effet, la rédaction de l'article 55 autorise toutes les mesures qui peuvent concourir à la meilleure exécution de la loi, et elle impose certainement l'obligation de vérifier le sexe et l'identité. On ne peut supposer qu'en exigeant la présenta-

[1] M. le docteur Deville, inspecteur des décès de la ville de Paris, a trouvé, à sa dernière inspection, que, sur vingt-cinq décès d'enfants déclarés mort-nés, qu'il a eu occasion de vérifier, il y en avait huit qui avaient respiré et vécu un temps plus ou moins long.

tion, le législateur ait voulu que le magistrat se contentât seulement de la preuve matérielle de l'existence d'un enfant naissant.

Dans le mode actuel de présentation, on est exposé à commettre des erreurs préjudiciables et à ne pas apercevoir des fraudes; il appartient aux magistrats administratifs de l'ordre supérieur de tracer des règles d'exécution de nature à prévenir les tristes effets de l'ignorance et de la mauvaise foi.

On a dit *que la visite d'un médecin vérificateur au domicile des accouchées exposerait à des révélations dangereuses ceux que la loi est appelée à protéger, que des familles seraient troublées à la vue d'un agent de l'administration, dont la personne seule suffirait pour dévoiler des faits que l'on peut avoir tant d'intérêt à tenir cachés.*

La vérification des naissances à domicile par un médecin doit profiter au nouveau-né, elle ne *peut en aucune façon exposer à la révélation des secrets des familles.* On viendrait dire à la mairie :

Un enfant est né telle rue, tel numéro, sans qu'il soit question de la mère.

Le médecin viendrait à cette adresse, vérifierait la naissance et le sexe de l'enfant; il n'aurait aucun rapport avec la mère; il ne la verrait même pas.

On court plus de danger de voir le secret divulgué par le transport à la mairie de l'enfant que par la constatation à domicile, qui pourrait avoir lieu à l'insu de tout le monde.

Dans le mode actuel, l'officier de l'état civil, qui est requis de se rendre auprès du nouveau-né pour vérifier sa naissance, ne doit-il pas se transporter avec les registres et dresser l'acte dans la maison même où se trouve l'enfant? Le transport des registres offre des difficultés; à Paris, par exemple, il doit interrompre le service, car on peut à chaque instant venir faire une déclaration de naissance; et bien que les registres soient doubles, on ne peut pas en transporter un seul, puisque, si on ne rédige pas les deux actes, de suite, on fait toujours au moins apposer les signatures si l'acte reste en blanc. *Si*, comme on l'a dit, *le législateur a eu en vue que la déclaration, la rédaction de l'acte devant témoins fussent faites dans un lieu public, et que l'acte fût*

rédigé de suite, on s'écarte encore plus de ces principes en rédigeant l'acte dans la maison du nouveau-né. On conçoit la rédaction chez les personnes aisées; mais indépendamment des accidents auxquels les registres sont exposés, on ne peut même pas trouver chez les indigents, qui n'ont qu'une chambre étroite, l'espace nécessaire pour les ouvrir, placer l'officier de l'état civil, le rédacteur de l'acte, les déclarants et les témoins; on s'expose donc souvent à beaucoup d'irrégularités. On conçoit que le législateur, en employant les termes les plus généraux, ait cru devoir s'en remettre complétement à la prudence des magistrats pour les détails de l'application de la loi qui sont susceptibles d'être modifiés suivant les circonstances. Quant aux témoins, *ils attestent la rédaction de l'acte en leur présence*, *l'identité de la personne du déclarant* (M. Dalloz aîné, *Répertoire général de la jurisprudence du royaume*, nouvelle édition), ils peuvent être pris à la mairie même (M. Valette, *Gazette des Tribunaux* du 8 septembre 1845); il n'est pas nécessaire qu'ils aient été témoins oculaires de l'accouchement, et, qui plus est, dans le mode actuel ils ne font qu'assister à la rédaction de l'acte de naissance d'un enfant que le plus souvent ils n'ont pas même vu; ils ne prennent pas connaissance de sa personne, de son sexe, de son identité, et les garanties que la loi doit fournir ne sont pas données. Aussi en résulte-t-il des erreurs dont on pourrait citer de nombreux exemples.

La *Gazette des Tribunaux* du 23 septembre dernier fait mention d'un jugement tout récent rendu par le tribunal civil de Boulogne (Pas-de-Calais), ordonnant l'inscription sur les registres de l'état civil, comme appartenant au sexe féminin, d'une femme née à Nielles les-Calais, mariée et mère de dix enfants, qui avait été inscrite sur les registres de l'état civil sous les noms de François Neveu, enfant du sexe masculin. Cette erreur ne fut reconnue qu'au moment de la conscription; le conseil de révision se contenta de prononcer un cas de réforme pour vice de conformation; et, quelques années après, le prétendu garçon François Neveu vint se présenter devant le maire de sa commune pour conclure un mariage; mais l'officier public refusa son concours, et le mariage n'eut pas lieu.

Un membre du conseil d'État (M. Lebœuf) m'a communiqué dernièrement le fait d'une personne qui a eu une fille, laquelle a été inscrite sur les registres de l'état civil d'un des arrondissements de Paris comme étant du sexe masculin.

Il n'est pas sans importance d'examiner la question de savoir si la réalisation de la mesure déjà proposée par MM. Villermé, Milne-Edwards, de l'Institut; Baudelocque, de l'hôpital des enfants malades; Trébuchet, de la préfecture de police, etc., etc., est possible. Une idée est quelquefois séduisante, mais inapplicable. En est-il ainsi de la constatation des naissances à domicile?

Je commencerai à dire ici quelques mots de ce qui a rapport aux villes; je renvoie à un autre travail tout ce qui est relatif aux campagnes. La mesure proposée est admissible en pratique, d'abord parce qu'elle est d'une simplicité évidente, et ensuite parce que, eu égard à son importance, elle ne doit pas causer de grands frais, comme je chercherai à le démontrer. D'abord on se demande : Pourquoi ne ferait-on pas pour les vivants ce que l'on fait pour les morts? Si la mesure a été jugée praticable pour les décès, on doit naturellement reconnaître qu'elle est praticable pour les naissances.

L'opinion de M. Trébuchet, chef de bureau de la préfecture de police, n'est pas sans importance pour prouver que l'exécution de la mesure proposée est possible à Paris. Je cite textuellement ce qu'on lit dans son ouvrage : *Jurisprudence de la médecine, de la chirurgie et de la pharmacie en France*, publiée en 1834 (page 134) : « Les heureux résultats produits par l'institution des » médecins vérificateurs des décès, ont fait souvent désirer que » de semblables fonctions fussent créées pour les naissances. On » éviterait ainsi les inconvénients graves qu'offre le transport d'un » enfant nouveau-né, qui, aux termes de l'article 55 du Code civil, doit être présenté dans les trois jours de l'accouchement » à l'officier de l'état civil. La constatation du sexe de l'enfant se- » rait faite ensuite d'une manière plus régulière par un homme » de l'art, qui pourrait l'examiner facilement, au lieu que, dans » les mairies, l'enfant n'est jamais découvert, et que l'on s'en » rapporte toujours à la déclaration des parents. D'un autre côté,

» la constatation de la naissance au domicile même des parents se-
» rait une garantie de plus pour l'état civil, car il serait bien plus
» difficile de tromper sur les noms et profession des parents. Rien
» n'empêche en effet, dans un intérêt dont on pourrait trouver
» bien des mobiles, de séduire deux témoins et de faire la décla-
» ration sous des noms, des professions et des domiciles suppo-
» sés, crimes qui ont quelquefois été commis et qui donnent lieu
» à d'inextricables procès. »

Les journaux ont annoncé dans le courant de l'année que M. Evain, maire de la ville de Douai, avait organisé un service pour la constatation des naissances à domicile. Voici les renseignements qu'il m'a donnés à ce sujet dans une lettre datée du 14 octobre :

« Cette mesure, utile partout, était impérieusement exigée ici
» par la position même de la ville. En effet, la commune de
» Douai ne se compose pas seulement de la ville, mais encore
» de quatre hameaux qui en sont distants de trois et même de
» cinq kilomètres. On comprend donc que, lorsqu'il fallait l'hi-
» ver, par un mauvais temps, faire parcourir cette distance à
» un nouveau-né, sa santé était compromise.

» En faisant connaître aux habitants la résolution que j'avais
» prise, d'accord avec le conseil municipal, je les ai prévenus
» qu'ils ne devaient appeler le médecin qu'au moment où ils se-
» raient disposés à se présenter à la mairie, afin que la constata-
» tion de la naissance et la rédaction de l'acte se fissent presque
» simultanément. Le médecin indique sur le certificat qu'il dé-
» livre l'heure de la constatation, afin qu'on puisse, si les pa-
» rents tardent trop à faire rédiger l'acte de naissance, exiger la
» présentation de l'enfant à la mairie. Cette mesure a été parfai-
» tement comprise ; elle a été accueillie avec une faveur mar-
» quée, et elle est exécutée depuis le 1er janvier sans le plus léger
» inconvénient jusqu'à ce jour.

» Je n'ai qu'à me féliciter de l'initiative que j'ai prise, et je
» fais des vœux pour qu'une disposition législative rende cette
» mesure générale [1]. »

[1] Cet article était déjà livré à l'impression lorsque a paru l'arrêté suivant de

Dans la pensée que pour la présentation au domicile des nouveau-nés, il s'agissait d'une simple mesure administrative autorisée par la loi, sans qu'il fût nécessaire de recourir au pouvoir législatif, il m'a paru que, à l'instar des arrêtés pris pour les décès, il suffirait d'un arrêté dans lequel pourraient entrer les dispositions suivantes :

« Vu l'article 55 du Code civil, qui exige que le nouveau-né soit présenté à l'examen de l'officier de l'état civil, considérant que cette disposition a pour but de constater le fait de la naissance, l'identité et le sexe de l'enfant;

» Arrête :

» Les personnes désignées dans l'article 56 du Code civil devront, dans le plus bref délai, déclarer la naissance à la mairie.

» La constatation de la naissance et du sexe sera faite à domicile par un médecin, délégué de l'officier de l'état civil.

» Les déclarants, assistés des témoins, se rendront ensuite à la mairie, sans l'enfant, pour faire dresser l'acte de naissance.

M. le maire de Versailles, lequel vient de donner à notre projet la sanction de la pratique dans une ville importante et presque aux portes de Paris :

Constatation des naissances à domicile.

« Jusqu'à ce jour les enfants nouveau-nés ont dû être apportés à l'Hôtel-de-Ville » lors de la déclaration de naissance. Cette obligation, imposée aux familles, peut » présenter de graves inconvénients; la santé des enfants a dû parfois en souffrir; » et c'est surtout pendant les temps froids et pluvieux que le déplacement semble » pouvoir occasionner les affections de jeunes êtres, pour lesquels la chaleur est » une nécessité.

» Désirant améliorer cet état de choses, le maire de la ville a l'honneur de pré» venir ses concitoyens :

» Qu'à compter de ce jour, toutes les familles sans exception pourront se dis» penser de présenter ou de faire présenter à la mairie leurs enfants nouveau-nés, » à la charge par elles de donner immédiatement, et au plus tard dans les vingt» quatre heures, avis à la mairie et au bureau de l'état civil, de dix heures du » matin à quatre heures du soir. Un médecin délégué à cet effet par le maire se » transportera sans frais pour reconnaître la naissance et vérifier le sexe de l'enfant.

» La déclaration de la naissance devra être faite ensuite sur les registres de l'état » civil, selon l'usage et conformément à la loi, sur la remise du certificat de con» statation que le médecin aura laissé à la famille.

» Les présentations de l'enfant à la mairie continueront néanmoins d'être ad» mises, et pourront même, s'il y a lieu, être exigées dans certains cas.

» Fait à l'Hôtel-de-Ville, le 6 novembre 1846.

» Signé : le maire de la ville, membre de la chambre des députés,

» REMILLY. »

» Ces trois formalités seront exécutées dans le délai prescrit par la loi.

» Si la détermination du sexe laissait quelque incertitude, on indiquerait dans l'acte la nécessité d'un examen ultérieur à faire à un âge plus avancé. »

En cherchant à établir que la présentation à l'officier public, dans la maison même où se trouve l'enfant, était conforme au texte et à l'esprit de la loi, que par elle la loi recevrait une pleine, entière et facile exécution, mon but a été d'exciter l'attention et de provoquer les observations des jurisconsultes, dont l'opinion sur cette matière est décisive.

Dans un prochain travail destiné à l'Académie royale de médecine, il me sera facile de prouver que les dangers pour la santé et la vie des enfants sont *assez graves*, *assez fréquents*, *assez constatés* pour nécessiter dans l'application de la loi la modification que je propose.

J.-N. LOIR.

ANCIEN DROIT BELGIQUE, ou Précis analytique des lois et coutumes observées en Belgique avant le Code civil; par Eug. De Facqz, conseiller à la cour de cassation, professeur honoraire à l'université de Bruxelles. Bruxelles, Meline, Cans et comp., 1846, grand in-8°. — 1re livraison.

Compte rendu par M. G. NYPELS, professeur ordinaire à l'université de Liége (Belgique).

L'histoire du droit belge est encore à faire. Cette histoire est, comme aurait dit Leibnitz, un *desideratum* de la science; et, malheureusement, c'est un *desideratum* auquel il ne pourra pas être satisfait de si tôt.

En effet, l'histoire du droit d'un pays quelconque, n'est pas une œuvre d'imagination ou de conjectures, mais une œuvre d'érudition et de critique. Elle ne peut être tentée, avec espoir de

succès, que lorsque les matériaux qui doivent être mis en œuvre ont été recueillis, commentés, analysés, et lorsque de nombreux travaux préliminaires ont éclairci les détails dont l'ensemble doit former l'histoire générale.

La Belgique est loin d'en être arrivée là; elle ne possède pas seulement une collection complète des monuments de sa législation. Les Édits, les Placards les plus importants de ses anciens souverains n'ont jamais été imprimés, ou l'ont été très-inexactement; ils sont restés jusqu'à ce jour enfouis dans la poussière des archives, et à peu près inaccessibles à ceux qui se sentiraient le courage de les étudier.

Et cependant il n'est peut-être pas de pays en Europe où, proportion gardée, le gouvernement consacre plus d'argent à la publication des monuments de son histoire. Mais les hommes chargés de ces publications ne se rendent pas toujours assez compte des besoins de l'époque. Ils font souvent des choix peu judicieux, et quelquefois, par complaisance, par faiblesse, ils sacrifient l'utilité de la chose au caprice et à l'amour-propre d'un individu.

Publier des chroniques, des poésies, des mémoires inédits, est chose utile assurément; mais avant l'utile vient l'indispensable. Nous sommes d'avis qu'un beau volume de documents inédits de l'ancienne législation jetterait infiniment plus de jour sur les parties *sérieuses et importantes* de l'histoire, que certaines chroniques rimées, imprimées à grands frais, et qui se donnent généreusement, faute d'acheteurs pour les payer.

Le gouvernement belge semble avoir enfin envisagé la chose sous ce point de vue. Un arrêté récent institue une commission chargée de recueillir et de coordonner les anciens monuments de la législation nationale. Nous aimons à croire que cette commission ne restera pas inactive, et qu'elle nous fournira bientôt l'occasion d'apprécier ses premiers travaux.

Quant aux travaux préliminaires dont nous parlions tout à l'heure, la pénurie est moins grande; mais là aussi il reste beaucoup à faire, et ce qui reste à faire se rapporte précisément aux périodes tout à la fois les plus obscures et les plus intéressantes de l'histoire. On divise ordinairement l'histoire du droit belge en cinq périodes, caractérisées par l'élément historique prépondé-

rant dans chacune d'elles. La période *gallo-belge;* la période *romaine;* la période *franque;* la période *féodale* (847 à 1300) et la période *coutumière* (1300 à 1800).

Les trois premières périodes sont, en quelque sorte, communes à la Belgique, à la France, et à une grande partie de l'Allemagne. L'histoire du droit de ces trois périodes est à peu près fait. Les remarquables travaux qui ont paru dans ces derniers temps en France et en Allemagne, laissent peu de choses à désirer ; il ne s'agit que d'appliquer ces travaux plus spécialement au territoire belge. Nous avons d'ailleurs, sur la période franque, une bonne dissertation de M. Godet, et l'*Histoire du droit belgique et des institutions politiques de ce pays sous les Francs*, par M. Warnkoenig.

Il n'en est pas de même des deux périodes suivantes.

Sur la période *féodale*, nous ne pouvons citer que l'*Histoire du droit public et privé de la Flandre*, de M. Warnkoenig, qui ne va pas au delà de 1305, et les *OEuvres* du savant Raepsaet. Mais ces deux ouvrages sont, le premier *exclusivement*, le second *presque exclusivement*, applicables à la Flandre ; pour les autres provinces des Pays-Bas, il n'y a rien ou à peu près. Pour le pays de Liége enfin, il n'y a qu'une dissertation allemande, encore de M. Warnkoenig [1].

Reste la période *coutumière*. Ici la pénurie serait complète sans l'ouvrage que vient de publier, fort à propos, M. De Facqz.

Si, dans l'énumération qui précède, nous nous sommes bornés à citer les travaux de MM. Warnkoenig, Raepsaet et De Facqz, c'est que ce sont les seuls ouvrages qui embrassent au moins une période complète. Nous ne voulons pas méconnaître d'ailleurs le mérite de quelques *monographies* qui ont eu pour objet des points particuliers de l'histoire du droit belge. Ainsi, dans l'ancienne collection de l'Académie de Bruxelles, les mémoires de Des Roches, de Heylen et d'Hoop ; dans la nouvelle collection, les mémoires couronnés de MM. Grandgagnage et Del Marmol, sur *l'influence de la législation française sur celle de Belgique ;*

[1] *Beiträge zur Geschichte und Quellenkunde des Lütticher Gewohnheitsrechts*. Freiburg, 1838, in-8°.

en dehors des mémoires académiques, les *Études* de M. Ch. Faider, *sur la Constitution des Pays-Bas autrichiens et du pays de Liége;* la dissertation de M. Van Dievoet, sur *l'origine des coutumes belges;* celle de M. Ch. Faider, sur *les anciennes institutions provinciales et communales;* celle de M. de Saint-Genois, sur *les avoueries*, et d'autres encore dont le titre ne nous revient pas en mémoire.

Les détails qui précèdent prouvent qu'en Belgique comme ailleurs on s'occupe sérieusement de l'étude historique du droit national. Mais ces études ne porteront réellement des fruits que lorsque les matériaux indispensables auront été mis à la portée de tous les travailleurs. Une collection complète des monuments de l'ancienne législation nationale, ce doit être là le *delenda Carthago* des jurisconsultes et des historiens. Les derniers y sont autant intéressés que les premiers ; car la législation est la source la plus pure et la plus importante de l'histoire.

Mais il est temps d'en venir à l'ouvrage de M. De Facqz, qui nous a tout naturellement suggéré ces observations.

Ainsi qu'on l'a vu plus haut, le livre de M. De Facqz se rapporte exclusivement à la dernière période de l'histoire du droit belge. « J'essaye d'exposer, dit-il, le droit civil qui a régi la Belgique » depuis qu'il a commencé à prendre une forme par la rédaction » des coutumes vers le milieu du seizième siècle, jusqu'à l'é- » poque où il a été remplacé par la législation française dans les » premières années du siècle où nous vivons. »

Plus loin nous lisons : « Le résumé que je publie ne réunira pas » tous les éléments de ce tableau; pour être complet il faudrait » qu'il présentât la législation dans son ensemble, et j'ai dû bor- » ner ma tâche à une seule branche. Dans ce cadre, destiné au » droit civil proprement dit, je n'ai pas fait entrer les lois poli- » tiques et financières ; les ordonnances commerciales émanées » aux temps de la splendeur de nos villes maritimes; la législa- » tion des mines, si avancée au pays de Liége ; les statuts fores- » tiers non moins remarquables du Luxembourg; le droit crimi- » nel; les règlements militaires portés sous les grands capitaines » qui formèrent *cette redoutable infanterie de l'armée d'Es- » pagne.* »

Ainsi, ce n'est pas même une histoire complète de la législation belge pendant la *période coutumière*, c'est uniquement un tableau du droit civil proprement dit que nous promet M. De Facqz. Ce sujet, sans contredit, est assez vaste par lui-même, et si, comme nous n'en doutons pas, l'auteur réalise ce que son introduction promet, il aura rendu un immense service à son pays.

Toutefois, il faut regretter que M. De Facqz ait cru devoir restreindre à ce point ses recherches. Les différentes branches de la législation d'un pays se tiennent par des liens trop étroits pour qu'on puisse impunément les séparer; leur ensemble peut seul donner une idée exacte de l'état social qu'on veut faire connaître. Nous comprenons assez qu'on laisse de côté les lois financières, la législation sur les mines, sur les forêts et les règlements militaires; mais l'exclusion ne s'explique plus quand il s'agit des lois politiques et des lois criminelles, qui touchent de si près aux institutions politiques.

M. De Facqz, lui-même, l'a ainsi compris, puisque, dans son introduction, il parle, bien sommairement il est vrai, de la Constitution du pays, et assez longuement (nous l'en remercions) des institutions judiciaires.

Quoi qu'il en soit, nous acceptons le livre de M. De Facqz, tel qu'il nous le présente, et nous lui savons gré d'avoir communiqué à ses concitoyens le résultat d'études qui doivent avoir été longues et consciencieuses.

La livraison que nous avons sous les yeux (elle comprend 228 pages grand in-8°) ne contient que l'introduction ou le titre préliminaire de tout l'ouvrage. Mais cette introduction est assez importante par les matières qu'elle embrasse, pour que nous nous y arrêtions un instant.

Elle est divisée en quatre chapitres dans lesquels il est question successivement : *du territoire et du gouvernement; des institutions judiciaires; des sources de l'ancien droit belge*, et enfin *de la législation transitoire.*

Si nous n'avions à consulter ici que nos convenances particulières, nous suivrions volontiers M. De Facqz dans tous les détails de son livre, car il y a là beaucoup à apprendre et beaucoup à rete-

nir. Nous le suivrions surtout dans cet intéressant chapitre sur les *institutions judiciaires*, si plein de renseignements inconnus jusqu'à présent, et qui a dû coûter bien des veilles à son auteur. Mais nous sommes bornés par les limites d'un compte rendu; nous devons faire un choix, et, de préférence, nous prendrons le chapitre III, qui se rattache plus directement à la branche spéciale de la législation à laquelle l'auteur a cru devoir se restreindre.

Mais, avant tout, il est indispensable de dire un mot du territoire auquel se rapporte le travail de M. De Facqz.

Les provinces qui formaient autrefois les Pays-Bas, ont eu à subir, dans les derniers siècles, des mutilations nombreuses. Pour ne remonter que jusqu'à Charles-Quint, le sceptre de cet empereur (comme souverain des Pays-Bas) s'étendait sur tous les territoires qui forment aujourd'hui le royaume des Pays-Bas, le royaume de Belgique et une partie considérable du nord de la France. Les successeurs de ce prince perdirent successivement : au nord, les sept provinces hollandaises, et au midi, la Flandre française, le Hainaut français, l'Artois, etc.....

En 1794, lors de l'invasion française, les *Pays-Bas*, alors autrichiens, comprenaient les provinces suivantes :

Les *duchés* de Brabant, de Limbourg, de Luxembourg et de Gueldre;

Les *comtés* de Flandre, de Hainaut et de Namur;

Les *seigneuries* de Malines, de Tournai et de Tournesis.

Au duché de Brabant était enclavé le *marquisat du Saint-Empire* (Anvers et ses dépendances); et au duché de Limbourg, les pays de Fauquemont, Daelhem et Rolduc, nommés *pays d'Outre-Meuse*.

A côté des Pays-Bas, et dans les limites de la Belgique actuelle, se trouvait un autre pays remarquable par ses institutions et par sa législation; nous voulons parler de la *principauté* ou *pays de Liége*, qui comprenait la *Hesbaie*, le *Condroz*, l' *Entre-Sambre-et-Meuse*, le *marquisat de Franchimont* et le *comté de Looz*.

Enfin, sur les confins du pays de Liége, du côté de l'Allemagne, se trouvait un petit État indépendant, la *principauté de Stave-*

lot, fief de l'Empire, qui comprenait la ville de ce nom et celle de Malmédy.

C'est la législation ancienne de ces trois pays que le livre de M. De Facqz doit nous faire connaître. La Belgique actuelle est restreinte, on le sait, dans des limites moins étendues. Les traités de 1839 lui ont enlevé la Gueldre en entier, une partie considérable du Limbourg et du Luxembourg, et les pays dits *d'Outre-Meuse*.

Nous passons à l'analyse du chapitre III.

Ce chapitre, le plus important de *l'introduction*, est en quelque sorte l'histoire *externe* du droit belge pendant la période *coutumière*. Il présente un tableau complet des monuments de la législation, soit écrite, soit coutumière de cette période.

L'ancienne législation des Pays-Bas avait trois bases principales : les *édits*, les *coutumes* et le *droit écrit*.

Édits. — Le terme générique *édits*, comprend toutes les dispositions émanées de l'autorité souveraine, sous les noms de *loi*, *décret*, *ordonnance*, *constitution*, *pragmatique* ou *pragmatique sanction*, *lettres-patentes*, *arrêté*, *règlement*, *rescrit*, *placard*, etc. ; ces dispositions constituaient le *droit édictal*.

La puissance législative, dans les *Pays-Bas*, appartenait exclusivement au prince. Néanmoins, dans quelques provinces, les États et les conseils de justice devaient être consultés sur les projets de loi. Cette prérogative avait été étendue, en dernier lieu, à toutes les provinces.

Le Brabant jouissait d'un privilége particulier bien plus efficace que ce droit consultatif. En vertu du pacte de la *joyeuse entrée*, aucune ordonnance du prince n'avait force de loi dans le duché, avant d'avoir été reçue par le conseil, et revêtue par son chancelier du sceau de la province. Le serment que prêtaient les magistrats de ce corps leur imposait l'obligation de n'admettre aucune loi qui fût contraire à la Constitution.

Les édits se terminaient par un mandement aux autorités compétentes de faire publier la loi dans leur juridiction. Ils étaient envoyés aux conseils de justice, qui, sur la réquisition de l'officier fiscal, en ordonnaient la publication, ou quelquefois la

suspendaient, pour adresser des remontrances au prince sur leur contenu.

L'administration, la police générale, les finances, les monnaies, sont les principaux objets traités dans les édits; il en est peu qui aient statué sur des matières du droit civil. Le monument le plus important, sous ce dernier rapport, est le célèbre *édit perpétuel* des archiducs Albert et Isabelle du 12 juillet 1611.

Dans le *pays de Liége*, le pouvoir législatif appartenait conjointement au prince-évêque et aux trois États. Le concours des États était nécessaire pour donner force obligatoire à la loi; c'est ce qu'on appelait le *Sens du pays*. Les trois États étaient : 1° le chapitre de l'église cathédrale, représentant né du clergé; 2° les députés de la noblesse; 3° les bourgmestres des vingt-trois villes qui représentaient le tiers-État.

Comme dans les Pays-Bas, les *lois* ou *mandements*, dans le pays de Liége, avaient principalement pour objet des matières d'administration, de police ou de finances. Le droit civil proprement dit y occupait une place très-restreinte.

COUTUMES. — La Belgique était essentiellement un *pays coutumier*. Le nom de *pays de droit écrit*, si important en France, y était à peu près inconnu, car à l'exception de quelques petites enclaves voisines de la Meuse, relevant immédiatement de l'empire et régies par les lois romaines, toutes les parties du territoire obéissaient à des coutumes particulières.

Avant d'arriver à l'histoire de la rédaction des coutumes, M. De Facqz jette un coup d'œil sur la législation antérieure, et discute à ce propos la question si controversée de l'origine des coutumes.

« C'est au sein du désordre et de l'ignorance, dit-il, sous la » double influence de la féodalité et de la superstition, que les cou- » tumes ont pris naissance. On ne s'étonnera donc point tantôt » d'y voir dominer des principes que la raison, que l'humanité » condamnent, et qu'eût repoussés la législation d'un peuple » libre et éclairé, tantôt d'y remarquer un silence absolu sur des » objets qui sont essentiellement du ressort de la loi civile. On » est réduit à des conjectures sur leurs premiers commencements. » La formation des coutumes n'est pas un fait simple, accompli

» tel jour, telle année; elles sont, comme le produit d'une lente » alluvion, l'ouvrage insensible et successif du temps, le résultat » de l'accession tacite et persévérante des générations nouvelles » aux habitudes des générations qui les avaient précédées.

» Mais ces usages antérieurs, quelle en était l'origne?

» Il est vraisemblable que le souvenir traditionnel de ce qui » s'était fait anciennement aura servi de guide; on se sera con- » formé, dans les cas semblables, aux exemples donnés par les » gens éminents, aux décisions rendues par les juges; enfin la » longue observation affermissant l'autorité privée de ces pra- » tiques, on aura fini par les considérer comme des règles obli- » gatoires pour tous.

» Ces règles, cependant, ne se sont pas établies sans direction, » au gré du hasard ou du caprice. Quoique les coutumes diffè- » rent dans les règlements d'intérêt secondaire, il existe entre » elles trop d'accord sur un grand nombre de points fonda- » mentaux, pour qu'elles n'aient pas eu des bases communes, » un même guide qui ait maintenu entre elles une sorte d'unité. » Ces causes de conformité sont le droit féodal et le droit cano- » nique. Le premier, répandu en Europe dès le milieu du XII° » siècle, avait établi des principes fixes dont l'application fré- » quente réagissait sur les autres matières; l'autre, depuis la » publication des décrétales dans le siècle suivant, formait un » corps de lois presque complet. C'était le Code du clergé, qui, » par son ascendant tout-puissant, en étendait l'empire à toutes » les affaires temporelles.

» Tels sont les deux pôles sur lesquels les coutumes ont » tourné pendant la période de leur formation, au milieu des dé- » bris de la législation franque et de quelques usages romains qui » s'étaient perpétués dans les mœurs. Quant au droit romain, » c'est là toute l'influence qu'il peut avoir exercée primitivement » sur elles, au moins sur les plus anciennes. »

C'est un grand problème historique que cette question d'origines. M. De Facqz, comme on voit, ne donne pas aux coutumes une antiquité bien reculée; elles ont *pris naissance*, suivant lui, au sein des désordres et de l'ignorance de la féodalité. Telle était aussi l'opinion de De Laurière, de Bretonnier, du président Bou-

hier, de Fleury, etc. Quand on a de pareils noms devant soi on peut être tenté de les suivre. Cependant, d'autres noms tout aussi imposants, Grosley, Klimrath, la plupart des jurisconsultes historiens de l'Allemagne, et en Belgique le savant Raepsaet, remontent beaucoup plus haut pour chercher les premières traces des coutumes, qu'ils retrouvent dans les institutions des *anciens* peuples germaniques. Cette dernière opinion, qui semble prévaloir aujourd'hui, a été défendue en dernier lieu, et, à notre avis, d'une manière péremptoire, par l'infortuné Klimrath. Nous n'insisterons pas davantage sur cet intéressant procès historique, dont les pièces sont d'ailleurs connues de tous ceux qui s'occupent de l'histoire du droit.

Le nombre des coutumes belges était considérable; on en comptait plus de cent. C'est surtout dans le Brabant et dans la Flandre qu'elles étaient multipliées : chaque commune, pour ainsi dire, y avait sa coutume particulière. Au contraire, dans les pays de Liége et de Stavelot, dans les duchés de Luxembourg, de Limbourg, de Gueldre et de Bouillon, dans les comtés de Hainaut, de Namur et de Looz, il n'y avait qu'une coutume générale pour la province.

M. De Facqz attribue cette diversité des coutumes à l'affranchissement des communes qui se gouvernaient par leurs usages propres, sans se mettre en peine de ceux qu'on suivait ailleurs. Et, en effet, il est remarquable que le nombre des coutumes était d'autant plus grand dans une province que le régime municipal y était plus développé, que les villes y étaient plus puissantes et le principe de centralité moins énergique. La Flandre et le Brabant sont des preuves frappantes de la vérité de cette observation.

Du reste, en Belgique comme en France, cette grande diversité des coutumes n'empêche pas qu'au fond il y ait de l'unité entre elles et un esprit identique. Mais cette unité, voilée sous la multiplicité des formes, n'est pas un fait qui saute aux yeux, elle ne peut être comprise que par celui qui a fait une étude approfondie des textes.

La France a précédé la Belgique dans l'œuvre utile de la rédaction par écrit et de l'homologation des coutumes. Le premier

acte français que nous rencontrons sur ce point est l'ordonnance de Montil-les-Tours, de 1453. Vers la même époque (en 1459) Philippe le Bon fit rassembler et publier les coutumes des deux Bourgognes; mais ce prince n'introduisit pas cette mesure dans les Pays-Bas. Le premier édit général relatif à cet objet pour les Pays-Bas est émané de Charles-Quint, en 1531. Mais en Belgique, comme en France, cette mesure rencontra de grandes difficultés d'exécution et une opposition aveugle et déplacée. Il fallut revenir plusieurs fois à la charge et user de menaces avant d'obtenir un résultat.

Le nombre des coutumes homologuées pour la Belgique, dans les limites actuelles, s'élevait à quarante-quatre. La première, dans l'ordre chronologique, est celle du comté de Hainaut, du 15 mars 1533; les dernières, celles du duché de Limbourg, du 19 février 1696, et de la commune de Wodecq (Hainaut), du 20 octobre 1736. A ces coutumes on peut en ajouter cinquante-cinq autres également homologuées par les souverains des Pays-Bas, mais pour des territoires appartenant aujourd'hui à la France; de ce nombre sont les coutumes de Lille, Douai, Valenciennes, Cassel, Bailleul, etc., etc.

Les coutumes belges qui ne furent pas homologuées sont très-nombreuses : on n'en compte pas moins de soixante-cinq, parmi lesquelles le Brabant en a quarante; ce dernier pays n'a eu que *trois* coutumes homologuées. Cette circonstance extraordinaire s'explique par l'attachement de cette province aux prérogatives que lui donnait la Constitution. Le conseil provincial entravait l'exécution des mesures prescrites pour l'homologation, parce qu'il ne voulait pas reconnaître au *conseil privé* le droit de *vérifier* les coutumes. Le droit de vérification lui semblait impliquer le droit de modifier ou de corriger les dispositions coutumières, et, par suite, le droit d'introduire peut-être une législation nouvelle, au mépris des prérogatives du conseil provincial. Ce dernier conseil refusa dès lors de remettre les cahiers des coutumes, ou se permit d'en prononcer lui-même, au nom du prince, l'homologation définitive. C'est ainsi que les coutumes de Louvain et de Nivelles furent décrétées par le conseil de Brabant. D'un autre côté, par suite de ce conflit de pouvoirs, les coutumes de

Bruxelles, d'Anvers, de Malines, de Tirlemont, etc..., ne furent jamais homologuées. M. De Facqz semble avoir travaillé avec une prédilection particulière cette partie de l'histoire des coutumes, qui se rattache à leur rédaction par écrit et à leur homologation. Son livre nous donne sur ce sujet une foule de détails intéressants et neufs.

Après les coutumes *homologuées* venaient les coutumes dites *authentiques*, c'est-à-dire, celles qui avaient été rédigées par l'autorité publique compétente, ou en exécution de son ordre et avec sa ratification, mais *sans avoir été confirmées par le prince.* Puis les coutumes écrites dont la rédaction n'avait *aucun caractère officiel;* et enfin les coutumes *non écrites.*

Ces deux dernières catégories de coutumes fournissent à l'auteur l'occasion de nous parler du mode de preuve des dispositions coutumières. Cette preuve se faisait, dans les Pays-Bas, au moyen des *enquêtes par turbes;* dans le pays de Liége, par les attestations des échevins, appelées *records.*

Viennent ensuite des détails sur le ressort des coutumes, sur les personnes soumises à leur empire, et enfin sur la nature des statuts réels et personnels.

Une exception remarquable au principe de la territorialité des coutumes résultait des usages de la Flandre. Dans ce pays il était reçu que la succession et la compétence fussent réglées, non par la loi du domicile, mais par celle de l'endroit où le défunt avait *droit de bourgeoisie*, et que cette dernière étendit son autorité sur le territoire des autres coutumes flamandes où le défunt avait des biens non féodaux; celles-ci le souffraient à charge de réciprocité. C'est ce qu'on appelait la *confraternité des coutumes.*

A côté des coutumes particulières ou locales, régnait, dans quelques contrées, une coutume dite *générale*, dont l'autorité l'emportait sur les dernières en cas de dissentiment. C'était l'usage observé dans la plus grande partie de la province, usage qui suppléait aux cas non prévus par les coutumes particulières. Cette coutume générale se vérifiait comme un usage particulier, au moyen de la chose jugée, ou par turbes, mais surtout par la disposition conforme de plusieurs coutumes particulières écrites.

On tenait, en Flandre, qu'il suffisait de la concordance de trois de ces coutumes sur un même point, pour l'ériger en *coutume générale.*

Droit écrit. — Le *droit écrit* formait la troisième source de l'ancien droit belge.

Ces mots se prenaient communément, dans l'ancienne jurisprudence, pour le *droit romain;* mais l'expression avait encore une signification plus vaste; elle embrassait aussi le *droit canonique* et le *droit féodal.*

« Les matières ecclésiastiques, dit M. De Facqz, les fiefs avaient » leurs Codes écrits, leurs lois particulières qui servaient de » règles quand les édits ou les coutumes n'en avaient pas établi d'autres. Ces règles prévalaient sur le droit romain, qui ne » s'appliquait à ces matières spéciales qu'en l'absence de toute » autre disposition. Lors donc que le prince, en décrétant les » coutumes, a laissé au droit écrit la solution des difficultés indécises, c'est, suivant la matière, au droit romain appelé aussi » droit civil, au droit ecclésiastique ou au droit féodal qu'il a » voulu renvoyer. Il y a d'autant moins de doute à cet égard, qu'il » a souvent donné lui-même aux deux derniers la qualification de » droit écrit. Toutefois l'usage du droit romain était beaucoup » plus fréquent, parce que ce droit comprend toutes les branches » de la législation; c'est ce qui lui avait fait donner, par excellence, la dénomination de *droit écrit.* »

Après ce préambule, M. De Facqz parle, dans autant d'articles distincts, du *droit romain*, du *droit canon*, du *droit féodal* et des *styles des tribunaux et arrêts.*

A propos du droit romain, l'auteur arrive à cette conclusion, que ce droit a eu, *depuis le décrètement des coutumes*, autorité dans toutes les provinces belges. Ceci avait été contesté mal à propos à l'égard du Hainaut.

Quant à l'époque antérieure au décrètement des coutumes, M. De Facqz semble admettre que le droit romain, perdu ou tombé avec l'empire, n'a reparu dans les Pays-Bas que beaucoup plus tard. C'est là une opinion à laquelle il nous est impossible de nous rallier. MM. de Savigny et Raepsaet ont démontré victorieusement, à notre avis, la perpétuité du droit romain jusqu'à

la renaissance des sciences et des lettres, non-seulement en Italie, mais dans tous les pays où il avait été autrefois en vigueur, comme en Belgique par exemple. Cette doctrine est d'ailleurs adoptée aujourd'hui par les meilleurs auteurs.

Mais à quel titre le droit romain était-il reçu en dernier lieu dans les Pays-Bas? Était-ce comme loi? Était-ce comme usage? M. De Facqz se prononce dans le dernier sens, au moins quant aux provinces dont les coutumes n'avaient pas été décrétées, et quant à celles dont le décrètement ne renvoyait pas au droit romain. Nous regrettons de devoir encore ici nous séparer du savant auteur. M. De Facqz invoque, à l'appui de son opinion, le mémoire de De Berg, amman de Bruxelles, couronné par l'Académie en 1782. Mais c'est là une autorité de peu de poids; M. De Facqz connaît mieux que nous les circonstances et les influences qui ont présidé à la rédaction de ce mémoire.

Nous nous permettrons d'ajouter que dans cette partie de son travail, l'auteur nous semble être un peu laconique. La matière était assez importante pour qu'il donnât de plus grands développements à la discussion.

Nous regrettons de ne pouvoir suivre l'auteur dans les articles consacrés au droit canon, au droit féodal et au style des tribunaux. Le lecteur trouvera là aussi des observations importantes et plusieurs détails intéressants et neufs.

Le dernier chapitre est consacré à la législation transitoire. Il comprend les réformes avortées de Joseph II, et la période comprise entre la conquête de la Belgique par les Français et la publication du Code civil.

M. De Facqz ne discute pas la valeur des édits de Joseph II; il se borne à faire remarquer « que la plupart des réformes politiques, » religieuses, administratives et judiciaires, conçues par ce » prince ont été réalisées peu de temps après lui; qu'il a devancé la rénovation que la France accomplit bientôt en Belgique; qu'à lui reviennent donc, avant tout autre, le mérite d'avoir reconnu et constaté le mal, et l'honneur d'en avoir » courageusement entrepris la cure. S'il eût réussi, ajoute » M. De Facqz, il serait un sage réformateur, un prince habile, le » plus grand homme de son siècle. »

Quant à la législation française, qui a régi la Belgique depuis le 9 vendémiaire an IV, M. De Facqz la caractérise à grands traits, sans entrer, comme de raison, dans les détails de cette législation, sur laquelle il aura à revenir dans la suite de son travail.

Arrivé à ce point, M. De Facqz annonce qu'il va commencer l'analyse des coutumes belges, analyse dans laquelle il suivra l'ordre du Code civil. « Si j'ai préféré cet ordre, » dit-il, « c'est » parce que, obligé de suivre un fil pour me diriger dans le dé- » dale de cent coutumes qui traitent, presque toutes, les ma- » tières de la jurisprudence diversement, et souvent sans ordre » méthodique, il était naturel de prendre pour guide le Code ci- » vil qui est, dans l'étude du droit, le livre par excellence, le » texte auquel on doit tout comparer, tout rapporter dans ses » recherches et ses méditations. »

Nous allons attendre, avec une vive impatience, la suite de la publication du travail de M. De Facqz. Nous nous proposons de le suivre dans la carrière qu'il va parcourir, et nous ne doutons pas qu'il ne nous fournisse l'occasion d'exciter souvent l'intérêt des lecteurs de la *Revue*.

G. NYPELS.

Du droit des évêques sur les livres d'église.

Par M. TEYSSIER-DESFARGES, avocat aux conseils du roi et à la cour de cassation.

« Estant interrogé quelle cité lui semblait le mieulx policée, » Solon respondit : Celle où ceulx qui ne sont pas outragez pour- » suivent aussi asprement la réparation de l'injure d'aultruy » comme ceulx même qui l'ont receue. » (PLUTARQUE.)

La question que nous nous proposons d'examiner a soulevé à différentes époques des discussions passionnées. Les tribunaux, sous l'influence d'une lutte qui laissait peu de place au calme si nécessaire à la justice, ont rendu des décisions empreintes de l'esprit qui dominait, et, par suite, la jurisprudence offre des di-

vergences regrettables. Récemment encore, un procès suivi à Paris, a renouvelé la querelle qui, de part et d'autre, a été soutenue avec ardeur. Les réflexions de la presse n'ont pas été non plus de nature à calmer l'irritation. Cette tournure violente donnée aux débats ne convient point aux allures pacifiques de la justice et nuit à la manifestation de la vérité. Pour apprécier sainement une question de droit, il faut mettre de côté tout esprit de parti, prendre la loi telle qu'elle est, non pas telle qu'on désirerait qu'elle fût, et ne pas perdre de vue que le jurisconsulte, qui interprète, n'a pas à remplir le même rôle que le législateur qui crée. C'est dégagé de toute préoccupation, du moins il nous le semble, que nous allons examiner la question; mais, avant de l'aborder, nous croyons utile d'exposer quelques idées préliminaires, qui pourront peut-être détruire certaines préventions.

I.

La religion a toujours été considérée comme un des besoins les plus chers et les plus sacrés des nations. Pour les uns, elle compte parmi les biens les plus précieux; pour les autres, elle est un frein salutaire. Nier son importance et son utilité, c'est nier la lumière. La religion catholique est celle de la très-grande majorité des Français; et peut-être, comme elle répond mieux au sentiment religieux, est-elle appelée, malgré le progrès des lumières, ou plutôt à cause de ce progrès, à voir augmenter chaque jour le nombre de ses prosélytes. A cet égard, on peut citer plusieurs faits récents, qui se sont accomplis notamment en Angleterre et qui sont de nature à faire faire de sérieuses réflexions. Quoi qu'il en soit, personne ne méconnaît que le clergé représente des intérêts légitimes et nombreux.

D'où vient donc cette lutte qui, encore aujourd'hui, continue plus âpre que jamais? La cause n'en est-elle pas dans des préjugés et dans des erreurs qui aveuglent les plus clairvoyants, et n'est-ce pas le devoir des gens sensés de faire tous leurs efforts pour détruire cette fâcheuse tendance des esprits? Qui ne voit qu'il est temps de mettre un terme à ce perpétuel état d'hostilité, nui-

sible à la cause de tous, à la paix du royaume comme à sa grandeur? Pourquoi cette méfiance continuelle? Tous les abus de la puissance n'ont-ils pas été expiés? L'autorité religieuse dont les ministres ont pu partager si longtemps les passions, les faiblesses et les grandeurs des hommes, a vu peu à peu décroître sa puissance terrestre; aujourd'hui qu'il ne s'agit plus pour elle que de moraliser et d'instruire; aujourd'hui que sa mission est de rester étrangère aux passions matérielles qui nous dévorent, de purifier le foyer domestique par la sublime morale de l'Évangile, et de prêcher aux hommes des préceptes applicables à tous les partis, laissons de côté toutes ces vaines récriminations et secouons les préjugés d'un autre âge. Refuser le bien dans la crainte du mal, c'est agir comme les faibles; prendre le bien où qu'il soit, combattre hardiment le mal quand il arrive, c'est faire preuve de force.

Si, jusqu'à présent, on n'a pas apporté dans l'examen des questions de cette nature toute la modération convenable, c'est parce que chacun discute, l'esprit excité par ce qu'on appelle l'expérience du passé, et tire d'un état de choses tout différent, des conséquences absolument semblables. Sans doute il ne faut pas négliger les leçons de l'histoire; mais c'est risquer de faire fausse route que d'envisager au même point de vue l'ancien temps et le nouveau. Qu'on fasse de l'histoire une étude attentive, et l'on demeurera convaincu que les institutions marchent avec la civilisation et en suivent les progrès. Ainsi, tout en reconnaissant que le christianisme a puissamment hâté les progrès de la civilisation, il faut reconnaître également que la civilisation a agi sur le christianisme; non pas que la morale de l'Évangile ait changé, mais parce que nous entendons mieux la loi évangélique.

Au moyen âge, on voit trop souvent le clergé se ressentir de la barbarie qui règne; et, quoique plus éclairé, on ne saurait nier qu'il prend part à presque tous les excès. Plus tard, lorsque la société, organisée en corporations, aristocratie, clergé, gens de robe, industrie, est en guerre perpétuelle; lorsque chaque corporation traite les autres en ennemies et combat sans cesse pour augmenter sa puissance et pour écraser ses rivales, le clergé forme aussi un parti redoutable et lutte souvent avec avan-

tage; peu s'en faut que le spirituel n'envahisse complétement le temporel. Mais aujourd'hui peut-on redouter de pareilles entreprises? Peut-on craindre encore les luttes du sacerdoce contre l'empire? et qui donc serait assez insensé pour tenter une entreprise de ce genre, ou pour y croire? Le despotisme, quelque forme qu'il revête, ne peut plus prendre racine en France.

Nous tous, prêtres et laïques, mettons fin à ces sentiments hostiles; considérons-nous comme les enfants d'une même famille, appelés, chacun dans sa sphère, à contribuer au bien commun; appliquons aux partis ces sages paroles de Montesquieu, et faisons-en notre profit: « Je le dis, et il me semble » que je n'ai fait cet ouvrage que pour le prouver : l'esprit de » modération doit être celui du législateur. Le bien politique, » comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites. » (*Esprit des lois*, liv. 29.)

II.

Quels sont les livres qui doivent être régis par le décret du 7 germinal an XIII? Tel est le premier point qu'il s'agit d'éclaircir.

On doit comprendre dans cette catégorie : 1° Les livres d'instruction religieuse qui sont connus sous le nom de *catéchismes;* 2° les livres de liturgie [1], qui comprennent tout ou partie des offices de l'Église, et les livres de prières spécialement destinés aux prêtres : ainsi, les *rituels*, les *missels*, les *bréviaires*, les *livres de chant* composés pour l'usage des églises et pour les offices solennels; 3° les *livres de prières* à l'usage des laïques.

Ces livres, spécialement destinés à l'*usage des diocèses*, ont reçu le nom abrégé d'*usages*.

Quant aux livres qui rentrent dans cette catégorie, et qui sont l'œuvre des évêques, tels, par exemple, que le catéchisme composé par Bossuet et celui qui a été récemment publié par l'archevêque de Paris, les évêques ont sur ces livres les mêmes droits que les autres auteurs; c'est un point qui ne peut plus faire ques-

[1] Le mot *liturgie* veut dire *ouvrage public*, *ouvrage solennel*, ou, selon le Nouveau Denisart, *ouvrage officiel*.

tion depuis l'arrêt rendu par la cour de cassation le 19 thermidor an XII, au moins à notre sens, et malgré la résistance de quelques jurisconsultes recommandables.

A l'égard des livres qui traitent des matières de religion et de controverse, ils sont soumis au droit commun. Cela est encore hors de doute.

Pour entendre la question et la résoudre avec intelligence, il faut bien comprendre que les livres connus sous le nom d'*usages*, sont l'*expression officielle* de la doctrine et du culte.

Or, comme l'évêque est le chef spirituel du catholique, que lui seul peut décider souverainement en matière de foi, lui seul aussi doit garantir la pureté de la doctrine, et, par conséquent, l'exactitude des livres qui en sont l'expression, et il faut que cette garantie puisse s'exercer dans toute sa plénitude. Pour cela, il est nécessaire de donner aux évêques un droit tel que la surveillance soit complète et utile, et elle ne peut l'être qu'autant que les livres d'*usages* sont considérés comme la propriété du diocèse, et qu'ils ne peuvent être imprimés ou réimprimés qu'avec la permission de l'évêque, aux conditions qu'il impose. Ce que l'avocat général Simon Marion disait dans son plaidoyer sur l'impression des missels, bréviaires, heures, etc., est aussi vrai en 1846 qu'en 1586 : « Les simples prestres, les gens de mestier, » les laboureurs, les femmes, les enfans, et en un mot tout le » menu peuple qui n'en peut juger, est néanmoins contraint » d'en avoir, voire tant qu'un nombre infini de ceux-là mesmes » qui ne sçavent pas lire, tiendraient à indécence d'estre sans » heures. Aussi ceste multitude est si peu soigneuse de la correc- » tion qui lui est incognüe, que sans se soucier quels sont ces » livres, pourveu qu'elle en ait, elle n'y recherche que le moindre » prix, qui se trouve tous iours aux boutiques des broüillons de » papier, lesquels néanmoins gaignent outre mesure et em- » peschent qu'on ne fasse mieux. »

Disons-le donc, le droit des évêques est une des libertés essentielles de l'Église et un de ses attributs ; aussi est-ce avec raison que le rapporteur du projet de loi sur la propriété littéraire, à la chambre des députés, s'exprimait ainsi : « Dépouiller les évêques » de leur droit de surveillance sur des termes sacramentels et sur

» des textes dont ils répondent, c'était leur commander la res-
» ponsabilité en leur refusant les moyens de l'exercer, c'était
» froisser les libertés et la sécurité d'une grande Église dans
» l'État; car une religion n'est pas libre quand elle n'est pas con-
» forme à elle-même.

» Le principe du catholicisme étant l'autorité, si cette autorité
» n'est pas garantie sincère et authentique dans les dogmes, dans
» les pratiques, dans les rapports du chef spirituel avec les fidèles,
» l'Église catholique *ne jouit pas de toute sa liberté*: car elle ne
» jouit pas de la plénitude et de la garantie d'autorité qui est sa
» nature, sa foi, sa règle. »

Et qu'on ne croie pas que ce soit là un droit revendiqué par l'Église catholique seule; assurément ce serait une grave erreur. Sans nous appuyer sur l'exemple des gouvernements autocratiques ou absolus, le pays où ce qu'on appelle la liberté religieuse est entendu dans le sens le plus large, l'Angleterre, peut sans nul doute nous servir de modèle : l'impression des livres liturgiques y constitue un privilége, que la reine, chef de l'Église, accorde par elle ou par des universités qui la représentent, à un libraire spécialement désigné, et des peines rigoureuses sont portées contre tout contrefacteur.

Ce droit des évêques, sur l'impression et la réimpression des livres d'église, n'est pas d'ailleurs un droit nouveau, la raison l'indique, et il ne leur a jamais été réellement contesté. L'état de choses antérieur à l'an XIII l'atteste; il suffit de s'y reporter pour s'en convaincre. Nous n'en dirons, du reste, que quelques mots, ce point n'ayant qu'un intérêt purement historique.

Sous l'ancienne monarchie, la liberté de la presse n'existait pas, et aucun livre ne pouvait être imprimé sans l'observation de certaines formalités. Le premier acte qui intervenait était l'*approbation*, c'est-à-dire, une déclaration du censeur portant qu'il avait lu l'ouvrage et que rien n'en empêchait l'impression; puis cette déclaration était suivie du *privilége*, qui était une décision du roi en son conseil, et qui constituait le titre de la propriété littéraire. (L'arrêt du conseil du 30 avril 1777 qualifie la propriété littéraire de *grâce fondée en justice*.)

Telle était la règle générale; mais elle ne fut pas appliquée aux

livres d'église comme aux autres ouvrages, et, si l'on veut bien se rappeler ce que nous avons dit plus haut de la mission des évêques et de leur caractère, on comprend qu'il n'en pouvait être autrement. Plusieurs monuments du droit canonique appuyaient leurs justes exigences; on pouvait citer notamment le concile de Reims, tenu en 1523, titre *De breviario;* le canon 21 du concile de Sens en 1528, autorité d'autant plus imposante que Sens était alors pour Paris le siége métropolitain; celui de Tours en 1583, titre XIV; celui de Bourges en 1564; l'assemblée générale du clergé de France en 1655 [1].

Cependant, et cela se conçoit, comme sous un monarque absolu on pouvait difficilement abandonner une prétention que l'on considérait comme se rattachant à l'exercice de la suprême autorité, il avait toujours été en quelque sorte fait des réserves, mais jamais, malgré le conflit apparent qui existait, on n'accorda de *privilége* à d'autres qu'au libraire indiqué par l'évêque. Aussi était-ce avec raison que M. l'avocat général Gilbert disait, dans une cause plaidée en 1734, « que si le roi conservait en cette matière l'autorité suprême, cette maxime n'était *qu'en apparence* contraire aux droits des évêques. »

L'*approbation* fut toujours conservée aux évêques. Un débat s'éleva sur ce point en 1702, entre le chancelier de Ponchartrain et Bossuet, mais la raison était du côté de Bossuet et force resta à la raison. Voici comment s'exprimait l'illustre évêque de Meaux dans un mémoire adressé au chancelier

« On objecte aux évêques les règlements faits sur l'imprimerie, » et surtout celui qui fut fait à Fontainebleau le second jour d'oc- » tobre 1701, qui ordonne que tous les livres à imprimer, même » de ceux qui ont des priviléges généraux, seront portés à M. le » chancelier pour être mis entre les mains d'un censeur qui les » examinera, et en portera son jugement, lequel sera imprimé et » mis à la tête du livre avec le privilége.

» On dit que les évêques étant soumis à la police du royaume,

[1] Ces décisions sont réunies dans les Mémoires du clergé, t. V, p. 1506 et suiv. On peut encore consulter Fleury, Instit. au droit ecclés., 1re partie, chap. 12, et 2e partie, chap. 3; — d'Héricourt, Lois ecclés., 2e partie, chap. *Du service divin;* — Durand de Maillane, Dictionnaire de droit canonique, v° *Doctrine;* — Bossuet, Mémoires sur l'impression des ouvrages des évêques.

» ils doivent pareillement être soumis à cette loi générale.

» Mais il est sans doute qu'elle souffre beaucoup d'exceptions.

» Il faut d'abord excepter les catéchismes publiés par l'autorité » des évêques, pour ne pas tomber dans l'inconvénient de faire » dépendre de leurs inférieurs la doctrine qu'ils proposent au» thentiquement à leurs peuples et de la soumettre à l'examen de » M. le chancelier.

» Pour la même raison, il faut excepter de la même règle les » mandements, ordonnances, censures, statuts synodaux, et » autres actes juridiques qui n'ont jamais été sujets à l'examen, » et ne le peuvent être, sans soumettre la doctrine de la foi et » toute la discipline ecclésiastique à la puissance séculière.

» Il faut, à plus forte raison, excepter de cette règle les bré» viaires, missels, processionnels, rituels, et autres livres conte» nant les prières publiques de l'Église, et les formules d'admi» nistrer les sacrements. Autrement, tout le service de l'Église » sera à la puissance d'un prêtre commis par M. le chancelier, et » la religion ne sera plus qu'une politique.

» Cette exception doit s'étendre à tous les livres de doctrine » qui seront publiés par les évêques, parce qu'ils sont toujours » censés écrire pour l'instruction de leur troupeau, et qu'il y » aurait un inconvénient manifeste de les soumettre à leurs in» férieurs de droit divin, et quelque chose de scandaleux et de » mal édifiant de leur faire cette injure à la face de tout le royaume » et de toute la chrétienté.

» Aussi est-il vrai que cette règle ne fut jamais faite pour eux ni » exécutée à leur égard. »

Le roi, dit l'annotateur, touché des raisons de Bossuet, donna à ce prélat la juste satisfaction qu'il sollicitait [1].

Quant au *privilége*, on accordait des priviléges généraux en faveur des évêques, et ces priviléges étaient censés *appartenir à l'évêché*, parce que le diocèse était considéré comme une personne morale qui ne s'éteint pas; la propriété avait donc un caractère de perpétuité et d'incommutabilité qui était de sa nature.

En résumé, si l'on pouvait dire qu'il fallait un privilége,

[1] Œuvres de Bossuet, t. II, p. 658, édit. Didot, 1836.

personne n'allait jusqu'à soutenir que l'impression des *usages d'un diocèse* pût être accordée à un autre qu'à l'évêque *représentant du diocèse*.

Mais arrivons à la législation moderne.

A notre sens, l'esprit de la loi est aussi clair que son texte.

L'homme illustre qui a le plus contribué au rétablissement du culte en France, Portalis le père, comme on disait Caton l'ancien, suivant l'heureuse expression de M. le procureur général Dupin, s'exprimait ainsi, dans son rapport sur la loi organique de l'an X :

« Quand une religion est admise, on admet, par raison de » conséquence, les principes et les règles d'après lesquels elle se » gouverne [1]. » La règle du catholique est dans une autorité toujours enseignante, et la direction comme la surveillance de cet enseignement appartient essentiellement aux évêques, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut, et, comme conséquence, la loi civile ne peut donner aux livres religieux une autorité qu'ils n'ont qu'autant qu'ils sont l'expression vraie de l'Église qui les publie. Aussi M. Royer-Collard a-t-il dit excellemment : « Reléguée à ja- » mais aux choses de la terre, la loi humaine ne participe point » aux croyances religieuses; dans sa capacité temporelle, elle ne » les connaît ni ne les comprend; au delà des intérêts de cette vie » elle est frappée d'ignorance et d'impuissance [2]. »

Il fallait donc assurer aux évêques des droits suffisants pour qu'ils pussent exercer véritablement leur autorité. C'est ce qui ne tarda pas à être compris.

En effet, à peine le culte était-il rétabli, que la spéculation privée se mit à publier en quantité innombrable tous les livres d'église, et que tous les abus signalés par l'avocat général Marion se reproduisirent alors comme en 1586. L'attention de Portalis fut éveillée par l'affaire de l'évêque de Nantes, qui donna lieu à l'arrêt du 19 thermidor an XII; cet esprit si sain vit de suite qu'il

[1] *V.* Portalis, *Rapports et discussions sur le concordat*, publiés récemment par M. Fr. Portalis, livre qui mérite d'être lu par ceux qui cherchent véritablement à s'éclairer sur la question religieuse. *V.* aussi Nachet, *De la liberté religieuse*, ouvrage couronné par la Société de morale chrétienne, et digne d'éloge à différents titres.

[2] Discours sur la loi du sacrilége.

fallait consacrer le droit des évêques de manière à lever tous les doutes. C'est dans ces circonstances qu'il fit rendre le décret du 7 germinal an XIII (28 mars 1804), dont il expliquait ainsi dans son rapport l'esprit et le but :

« La loi rend les auteurs de quelque ouvrage que ce soit respon- » sables de leurs écrits; les évêques le sont de ceux qui traitent » de la doctrine ecclésiastique. Et comment pourraient-ils l'être » si, comme les autres auteurs, ils ne sont pas *libres de choisir* » *exclusivement* leurs imprimeurs et libraires, et si ceux-ci peu- » vent impunément s'approprier l'impression des livres d'église? » Si cette impression ou réimpression n'est pas soumise à l'in- » spection des évêques, bientôt, comme cela vient d'arriver à » Meaux, les imprimeurs dénatureront les ouvrages qu'ils publie- » ront, la doctrine sera en péril, et les erreurs les plus graves et » les plus dangereuses se propageront. L'article 1er de la loi du » 19 juillet 1793 accorde aux auteurs la *propriété* de leurs écrits » pendant leur vie entière. *Cette disposition doit être indéfinie* » *relativement aux livres d'église et de prières*. Les droits résul- » tant de la *propriété* ne doivent pas seulement appartenir aux » évêques auteurs de ces livres; mais, sous le rapport de la *sur-* » *veillance*, *ces droits doivent s'étendre à tous les évêques suc-* » *cesseurs*. Il est ici question d'instruction, de doctrine; les évêques » en sont juges, et ils sont toujours et successivement l'un après » l'autre, responsables de celle qui se répand dans leur juridic- » tion; dès lors ils doivent conserver inspection sur la réimpres- » sion des livres d'église de leurs prédécesseurs, afin de ne pou- » voir échapper à la responsabilité. »

Le décret est ainsi conçu : « Napoléon, etc. etc. »

« Art. 1er. Les livres d'*église*, les *heures* et *prières*, ne pour- » ront être imprimés ou réimprimés que d'après la *permission* des » évêques diocésains; laquelle permission *sera textuellement rap-* » *portée et imprimée en tête de chaque exemplaire*. »

« Art. 2. Les imprimeurs-libraires qui feraient imprimer, ré- » imprimer des livres d'église, des heures ou prières, *sans avoir* » *obtenu cette permission*, seront poursuivis conformément à la » loi du 19 juillet 1793. »

Ainsi, pas de doute possible, il faut la permission de l'évêque;

il peut autoriser ou refuser l'impression ou la réimpression, l'accorder à un seul libraire ou à plusieurs; il dispose enfin de ce droit d'une manière complète. Or qu'est-ce donc, si ce n'est pas un droit de propriété, propriété *sui generis*, si l'on veut, mais enfin une véritable propriété? Puis remarquons-le bien, le décret renvoie à la loi de 1793 pour la répression, qui consiste dans la confiscation et les dommages-intérêts, à la réquisition et au profit des auteurs. Or n'est-ce pas là attribuer au diocèse la propriété des livres d'église, car comment comprendre l'application de ces peines sans le droit de propriété?

C'est par application de ces principes que le conseil d'État a constamment jugé, sur des recours comme d'abus formés par des libraires, que l'évêque avait un pouvoir *discrétionnaire*, non pas sans doute pour accorder un privilége exclusif et perpétuel, car, après lui, le droit attaché au diocèse est transmis à son successeur, mais pour autoriser l'impression (*V.* notamment ordonnances de 1834, 1841, 1842).

Il résulte de ces ordonnances, dit M. de Vuillefroy, dans son traité de l'administration du culte catholique, qu'ainsi que le reconnaissait l'administration des cultes elle-même, à l'époque la plus rapprochée, « l'évêque ayant reçu par le décret la responsabilité de la publication des livres d'église, il en résulte nécessairement pour lui la faculté d'accorder la permission *à qui il lui plaît;* que s'il était forcé de donner cette permission à tous les imprimeurs et libraires, sa responsabilité deviendrait illusoire et dangereuse (Decis. minist., 26 messidor an XIII); qu'en conséquence il peut refuser la permission à son gré (Décis. minist., 25 prairial an XIII et 19 mars 1807). »

C'est également par application des principes ci-dessus déduits que les évêques ont vu consacrer leur droit par deux arrêts rendus, l'un le 30 avril 1825 (cassation d'un arrêt de Caen), l'autre le 23 juillet 1830 (arrêt de rejet sur le pourvoi formé contre un arrêt de la cour royale de Paris).

Dans l'affaire de 1825, la question principale était sans doute de savoir si l'évêque qui avait composé un livre d'église, avait sur son œuvre les droits qui appartiennent à tout auteur; mais il suffit de lire les motifs de l'arrêt pour demeurer convaincu qu'on

y admet les principes reconnus depuis d'une manière formelle par l'arrêt de 1830. Il y est dit en effet : « Attendu que la loi garan-
» tit, en général, aux auteurs, quels qu'ils soient, ou à leurs
» ayant-cause, le *droit exclusif* d'autoriser l'impression ou la ré-
» impression de leurs écrits en tous genres;

» *Qu'elle assure spécialement ce droit aux évêques dans leurs*
» *diocèses, pour les livres d'église, d'heures et de prières;*

» *Que ce droit leur appartient donc doublement*, quant au ca-
» téchisme de leur diocèse, puisque, à raison de leurs fonctions
» épiscopales, et de la nature de cet écrit, ils exercent, à cet
» égard, les droits d'auteur et ceux de surveillant et de censeur,
» qui leur sont attribués par la loi. »

L'arrêt de 1830 est ainsi conçu : « Attendu que, d'après les
» articles 1 et 2 du décret du 7 germinal an XIII, les imprimeurs-
» libraires qui feraient imprimer, réimprimer des livres d'église,
» heures ou prières, sans en avoir obtenu la permission écrite de
» l'évêque diocésain, doivent être poursuivis conformément à la
» loi du 19 juillet 1793;

» Que les individus contre lesquels les articles 3 et suivants de
» cette loi autorisent des poursuites et prononcent des peines,
» sont ceux qui impriment des ouvrages sans la permission for-
» melle et par écrit des auteurs; *que, par conséquent, c'est dans*
» *cette même catégorie que le décret du 7 germinal an XIII*
» *place, sous le rapport de la poursuite et de la pénalité, l'im-*
» *pression ou la réimpression des livres d'église sans la permis-*
» *sion des évêques*, AUXQUELS CE DÉCRET DONNE VÉRITABLEMENT
» UN DROIT DE PROPRIÉTÉ SUR CES SORTES D'OUVRAGES; que l'ar-
» ticle 8 de la Charte constitutionnelle n'a nullement dérogé à
» cette législation spéciale;

» Attendu qu'un bréviaire renferme les offices et les prières
» que, chaque jour de l'année, les ecclésiastiques d'un diocèse
» doivent réciter; que c'est à l'évêque qu'il appartient essentielle-
» ment de désigner les offices et les prières dont le bréviaire de
» son diocèse doit être composé; — que, par conséquent, il a
» nécessairement le droit de faire imprimer et publier ce bré-
» viaire, de surveiller l'exactitude et la fidélité de son impression
» et de sa distribution, et de choisir les personnes auxquelles il

» lui paraît convenable de les confier; qu'ainsi le bréviaire publié » par un évêque dans son diocèse, est évidemment, par sa na- » ture, par l'objet de sa publication et le caractère épiscopal de » son auteur, au nombre des livres dont l'impression et la réim- » pression faites sans la permission écrite de l'évêque, donnent » lieu aux poursuites autorisées par la loi du 19 juillet 1793. »

Tel était l'état des choses, lorsqu'en 1836 la question, portée de nouveau devant la cour de cassation, a reçu une solution toute différente. Voici la teneur de l'arrêt :

« Attendu que le décret du 7 germinal an XIII, en disposant » que les livres d'église, d'heures et de prières ne pourraient être » imprimés ou réimprimés sans la *permission* de l'évêque diocé- » sain, n'a pas conféré aux évêques la propriété de ces livres; » qu'il n'a fait qu'établir, dans l'intérêt des doctrines religieuses » et de leur unité, *un droit de haute censure épiscopale, duquel* » *il résulte pour les évêques celui de porter plainte, et pour le* » *ministère public celui de poursuivre, même d'office, les impri-* » *meurs qui contreviendraient à sa disposition;*

» Qu'il suit de là *que les évêques, ou les imprimeurs auxquels* » *ils ont accordé la permission d'imprimer ou de réimprimer les* » *livres de cette nature, sont sans qualité pour intenter l'action* » *résultant de la loi du* 19 *juillet* 1793, et des articles 425, 427 » et 429 du Code pénal. »

C'était enlever ainsi implicitement aux évêques toute leur autorité sur les livres d'église, et on ne devait pas tarder à le reconnaître. Aussi, lorsque la question s'est présentée de nouveau en 1843 devant la même cour, la jurisprudence de 1836 a-t-elle été abandonnée. Il importe de relater les considérants de ce dernier arrêt, qui porte la date du 9 juin 1843; car nous ne pensons pas, malgré la résistance de plusieurs libraires, que les tribunaux songent désormais à méconnaître les principes qu'il consacre [1].

[1] On peut encore citer : Colmar, 6 août 1833 et 26 février 1840; Caen, 11 février 1839; Amiens, 14 décembre 1835. — *V.* aussi Parant, Lois de la presse, p. 19; — Chassan, Traité des délits de la parole, etc., t. III, p. 338; — Renouard, Des droits d'auteur, t. II, p. 160; — Faustin Hélie et Chauveau-Adolphe, Théorie du Code pénal, t. VI, p. 54, 2ᵉ édit., et les autres sources indiquées dans les différents auteurs déjà cités. — Aj. Delatour, Entreprise des hérétiques sur la liturgie; les Mémoires chronologiques de d'Avrigny, et la Dissertation historique sur la liturgie, par le P. Lebrun.

« La cour. . . . ., attendu que le décret du 7 germinal an XIII » a son principe et sa source dans les articles 14 et 39 de la loi » du 18 germinal an X sur l'organisation des cultes, portant que » les évêques veilleront au maintien de la foi et de la discipline, » qu'il n'y aura qu'une liturgie et qu'un catéchisme pour toutes » les églises catholiques de France; que ce décret défend, dans » les termes les plus absolus, d'imprimer ou de réimprimer les » livres d'église, heures et prières, sans la permission des évêques » diocésains, cette permission devant être textuellement rappor- » tée et imprimée en tête de chaque exemplaire; qu'il veut que » les imprimeurs et les libraires qui, sans l'avoir obtenue, fe- » raient imprimer ou réimprimer des livres d'église, des heures » ou prières, soient poursuivis conformément à la loi du 19 juil- » let 1793; — attendu que, pour la solution de la question sou- » mise à la décision de la cour, il n'est pas nécessaire de déter- » miner la nature des droits que le décret du 7 germinal an XIII » confère aux évêques diocésains; qu'il suffit de considérer qu'il » ne permet pas d'entreprendre contre l'autorité et l'inspection » qu'il leur a données sur la publication des livres d'église; — » attendu que ce décret est impératif et formel; qu'il subordonne » l'impression et la réimpression de ces livres à l'accomplisse- » ment d'une condition toujours nécessaire, savoir, la permis- » sion de l'évêque diocésain; que celui-ci est donc le maître de » l'accorder ou de la refuser; *qu'il est hors de doute que cette » permission est personnelle et spéciale pour l'imprimeur qui » l'obtient*, puisque, d'une part, il est tenu d'en justifier et de » la rapporter en tête de chaque exemplaire, et que, de l'autre, » l'imprimeur ou le libraire qui ne s'en serait pas muni avant » toute publication, encourrait les pénalités de la loi du 19 juil- » let 1793; que l'évêque donnant, sous sa responsabilité, les » livres de liturgie nécessaires à son diocèse, il faut bien qu'il ait » le choix de l'imprimeur qui sera chargé de les publier sous sa » direction; que, s'il suffisait d'une permission une fois donnée » pour que tout imprimeur ou libraire se crût autorisé à faire de » ces livres une édition nouvelle, ces spéculations intéressées » rendraient vaines les mesures que l'évêque lui-même aurait » prises pour les publications qu'il aurait ordonnées; que l'exer-

» cice du droit de haute censure qui lui appartient incontestable-
» ment serait impossible, ou qu'il donnerait lieu à des discus-
» sions dangereuses, soit sur les retranchements ou les additions
» qui auraient été faites aux textes sacrés, soit même sur leur
» altération; que cependant il y aurait péril pour la pureté du
» dogme; que l'unité de la liturgie et de la discipline serait com-
» promise; que ce serait méconnaître tout à la fois le but du dé-
» cret du 7 germinal an XIII, et enfreindre ses prohibitions les
» plus expresses..... »

Arrivé à ce point de la discussion, il nous semble que nous avons déjà répondu à la plupart des arguments qu'on oppose. Néanmoins, sans entrer dans l'examen d'une foule d'objections de détail, nous allons maintenant répondre plus spécialement aux partisans de l'opinion contraire à la nôtre.

Nous l'avons vu, le texte du décret est formel; il faut une permission, et elle doit être exactement rapportée en tête de chaque exemplaire. Oui, sans doute, a-t-on dit; mais il faut entendre la loi en ce sens qu'une fois la permission obtenue pour un livre, tout imprimeur pourra imprimer le livre autorisé, et ne sera exposé à aucune poursuite s'il en a fidèlement reproduit le texte; car alors, de quoi l'évêque peut-il se plaindre? son droit de surveillance ne peut-il pas toujours s'exercer? Il ne faut pas transformer un simple droit de surveillance en un monopole sans limites, aussi contraire au commerce qu'aux principes de liberté consacrés par nos lois. Dans cette opinion, comme on ne peut détruire un texte formel, on cherche à en dénaturer l'esprit.

Il faut désormais écarter de la discussion ces grands mots de monopole et de liberté, invoqués ici fort mal à propos selon nous, par les partisans du système que nous combattons; nous l'avons déjà dit, on parle de liberté; mais l'Église revendique aussi le droit d'en jouir. « Plus on veut étendre la liberté, dit un honorable jurisconsulte, plus aussi il faut en faire à tous et à chacun une part égale. Le culte catholique a droit de réclamer la sienne; or la première condition de la liberté pour un culte, c'est la faculté d'être ce qu'il est dans ses manifestations officielles, par exemple, d'assurer l'inaltérable pureté de l'enseignement de ses ministres. La liberté d'attaque et de critique rend nécessaire

la surveillance des évêques; plus on laisse de liberté à l'agression, plus aussi l'équité et la bonne foi veulent qu'on en laisse à la défense, plus il est juste et nécessairé de laisser au culte catholique la faculté de maintenir la pureté de ses doctrines dans les livres qui en sont le dépôt officiel, pour qu'au moins il ait à répondre de sa doctrine telle que l'avouent et la professent ceux qui sont chargés de l'enseigner.

Nous ajouterons que la liberté des cultes le veut ainsi; ce n'est certes pas sous une législation qui ne gêne aucune tendance, qui ne comprime chez personne l'ardeur et le zèle du prosélytisme, qu'il faut envier à la religion catholique le droit de défendre contre toute altération ses *livres d'église*, *d'heures* et *de prières*, ses *catéchismes*.

Quant à la surveillance, est-elle possible, réelle, si tout libraire peut imprimer? Ce droit demeurera-t-il plein, entier comme le veut le décret de l'an XIII? Nous en avons assez dit pour ne pas insister plus longtemps [1].

On a invoqué des circulaires émanées de la direction de la librairie en 1810 et 1814. Mais après ce que nous avons établi ci-dessus, on comprend que ces circulaires n'auraient pu avoir pour effet de détruire un texte formel de loi. Puis, comme on l'a fait remarquer, si la direction de la librairie a énoncé que l'appréciation de l'évêque ne doit porter que sur le fond du livre, c'est parce que, exerçant alors la censure, elle revendiquait, dans les mêmes instructions, « la plénitude de son droit de permettre ou de sus» pendre l'impression du livre même approuvé [2]. »

On n'a pas invoqué avec plus de bonheur un prétendu décret du 17 juin 1809, qui aurait décidé que le décret de germinal an XIII n'établit pas un monopole, mais une simple surveillance. C'est par une étrange confusion qu'on a pris une simple ordonnance de conflit, n'ayant d'autre autorité que celle d'un arrêt, pour un décret qui aurait force de loi. En outre, cette or-

[1] Il est bon de faire remarquer, en outre, qu'il importe que l'évêque puisse imposer au libraire du diocèse certaines conditions, par exemple, l'obligation d'imprimer les livres de chant, opération fort coûteuse et sans bénéfice; celle de fournir sans rétribution une certaine quantité d'exemplaires de livres d'instruction, tels que catéchismes, etc., qu'il est d'usage de distribuer gratuitement aux pauvres.

[2] Réquisitoire de M. l'avocat général Quénault.

donnance, sainement entendue, ne veut pas dire autre chose, sinon que les évêques ne pouvaient pas conférer un privilége exclusif et lier ainsi leurs successeurs.

On s'est appuyé encore sur l'article 7 de la Charte, qui dispose que les Français ont le droit de publier leurs opinions en se conformant aux lois, c'est-à-dire, a-t-on prétendu, en acceptant les mesures de surveillance et de répression du droit commun, non en subissant une loi qui irait directement contre le droit. Nous avons suffisamment prouvé que cette manière d'entendre la liberté était tout simplement le droit de confisquer celle des autres. Il ne nous semble pas en effet que la liberté de la presse consiste à vendre à son profit le livre d'autrui, et les livres d'église doivent être réputés l'ouvrage de l'évêque existant.

Il ne faut pas davantage s'armer d'une prétendue série d'impossibilités à laquelle on aboutirait avec ce système, en présence de la loi de 1793 qui limite la propriété littéraire; car nous avons établi d'une manière incontestable, ce nous semble, que la propriété appartient à l'évêque, non pas comme individu, mais comme représentant du diocèse, et, par conséquent, à l'épiscopat qui ne meurt pas.

On a donc pu rendre indéfinie cette propriété.

Mais les bornes imposées à cet article nous forcent de nous arrêter. Toutes les objections d'ailleurs tombent facilement devant les vrais principes sainement entendus.

En résumé, quand on admet une religion, il faut admettre les principes d'après lesquels cette religion se gouverne : un des principes fondamentaux de l'Église catholique est l'autorité établie dans la personne des chefs de l'Église, qui, seuls, peuvent garantir la pureté de la doctrine; or, pour que cette garantie puisse être exercée d'une manière efficace sur les livres *d'usage*, pour qu'elle soit réelle, pleine et entière comme elle doit l'être (sinon elle n'existe pas), la loi a dû investir l'évêque du droit de désigner exclusivement le libraire. De là naît pour l'évêque, comme représentant du diocèse, un droit tel que nul autre n'en peut réclamer le domaine; d'où il suit que ce droit constitue une véritable propriété, inaliénable, attachée au diocèse, transmissible d'évêque

en évêque, et finalement, comme conséquence rationnelle et logique, pouvant donner naissance à l'action civile.

A notre sens, c'est ainsi que la question doit être résolue. Si parmi ceux qui me liront il s'en trouve à qui cette solution déplaise, je leur répéterai ce mot d'un de nos orateurs : « Je ne puis point transiger sur les principes; la vérité ne m'appartient pas. »

TEYSSIER DESFARGES.

Concours ouvert devant la Faculté de droit de Paris, pour une chaire de procédure civile et une place de suppléant, vacantes dans cette Faculté.

Voici le discours prononcé par M. Giraud, membre du conseil royal de l'Université, président du concours, à l'ouverture de la première séance publique, le 27 novembre dernier :

MESSIEURS,

L'imposante réunion des magistrats éminents et des professeurs illustres qui nous entourent, annonce à tous l'importance de cette solennité. Éclairés par la science et conduits par la justice, nous venons chercher et choisir le mieux préparé des candidats nombreux présents dans cette enceinte, pour l'élever à la fonction de professeur dans la première Faculté de droit du royaume; mission difficile, Messieurs, où nous avons à remplir d'impérieux devoirs envers l'État, envers les candidats et envers nous-mêmes.

A l'État il faut un maître habile et grave, pour enseigner la plus sérieuse et la plus grande des sciences sociales aux générations qui nous suivent, et pour soutenir, par l'éclat du savoir, l'honneur de cette école. Aux candidats nous devons l'appréciation impartiale et scrupuleu sedes qualités qui les distinguent. A nous-mêmes, nous devons le témoignage d'une conscience rigide et juste ; car c'est, la main sur le cœur, devant Dieu et devant les hommes, qu'il nous est imposé de proclamer le plus capable.

L'intervention de la magistrature a donc ici, messieurs, une signification réelle et précise. Nous sommes appelés sur ces siéges, non pas seulement à titre de prudents dans le droit, mais encore à titre de juges

spéciaux qui reçoivent du contact de la justice régulière la communication du sacerdoce qu'elle exerce.

Le concours est une institution chère à l'Université. Il est profondément lié à son origine, à sa vie active et à ses gloires. Il a peuplé nos plus vieilles écoles. Les États du royaume en demandèrent la confirmation au XVI[e] siècle. L'ordonnance de Blois, de 1580, en assura le maintien, et c'est bien raison, dit l'un des plus judicieux esprits de ce temps-là, Gui Coquille : « C'est bien raison que ceux qui doivent enseigner soient bien choisis, et la grande expérience qu'on en peut avoir est par les lectures et disputes. » Le concours fut conservé par les ordonnances de Louis XIV, sur l'enseignement juridique (1679-1681), et la loi fondamentale de nos écoles de droit en a rétabli l'obligation au commencement de ce siècle.

L'institution du concours n'a pas, à nos yeux, pour objet de substituer, en ce qui touche la nomination des professeurs, une prérogative des écoles à la direction éclairée du chef de l'Université. Le but du concours est de féconder l'activité des esprits par le grand spectacle du talent qui lutte et se fait jour ; de nourrir la confiance et l'émulation de la jeunesse studieuse, par l'exemple constant des succès du travail ; d'ouvrir l'accès d'une noble carrière au mérite obscur et caché qui ne peut souvent se révéler que dans les conditions du concours ; de soutenir, par l'éclat d'une consécration savante, la considération du professorat ; et de traduire, en appréciation publique, devant des juges compétents, les qualités nécessaires à ceux qui aspirent à devenir les maîtres de la science.

Mais le concours, comme toutes les choses humaines, a ses inconvénients et ses dangers. S'il dégénère de jugement en élection, si le caractère des épreuves est illusoire, il tombe en une déception déplorable ; il ne présente plus qu'une nécessité compromettante à l'homme de mérite qu'il éloigne. Si l'épreuve est étroite ou purement scolastique, l'abaissement des études en est la suite et la prospérité de l'enseignement est en péril, car la direction scientifique des écoles est constamment tournée vers le but positif du concours.

Rendons grâce à nos lois, messieurs, qui ont laissé assez de liberté aux pouvoirs publics pour écarter du concours un homme indigne d'y paraître, et pour dispenser un homme éminent de s'y soumettre, quand cet homme s'est produit ; de faciles améliorations peuvent compléter ce bienfait.

Rendons grâce à nos lois, qui en élevant les concours au rang des solennités de la justice, ont mis ces décisions au-dessus des attaques, et en ont consolidé le principe en augmentant son autorité. Rendons grâce surtout au chef illustre de l'Université de France, qui fortifie aujourd'hui l'épreuve des concours en agrandissant le tribunal qui la juge ; et portons nos soins vers la recherche constante des formes qui offrent

à la fois le meilleur élément d'études préparatoires, et la garantie la plus ample pour la manifestation du vrai savoir et de l'art difficile d'enseigner.

Les formes du concours ont en effet, messieurs, une singulière importance ; elles ont, dans l'ordre universitaire, le caractère que présentent les formes judiciaires dans l'ordre civil ; et ceci me conduit à vous parler de l'enseignement vacant par la mort de M. Berriat-Saint-Prix.

Dans l'histoire des lois humaines, la procédure se montre d'autant plus développée, que l'état auquel elle est propre est plus libre. Cette branche du droit, dans laquelle un esprit superficiel pourrait ne voir qu'un rameau sec et aride, a dans l'économie sociale l'importance d'un point d'appui des libertés publiques. « Si vous examinez, dit Montesquieu, les formalités de la justice, par rapport à la peine qu'a un citoyen à se faire rendre son bien ou à obtenir satisfaction de quelque outrage, vous en trouverez sans doute trop. Si vous les regardez dans le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu ; et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté. »

Tel est, messieurs, le principe politique de la procédure et le point élevé de son départ, dans les théories qu'elle renferme. Ses formes diminuent ou augmentent en raison du cas que l'on fait de l'honneur, de la fortune, de la vie et de la liberté des citoyens. Elle offre une liaison intime avec la constitution politique et l'organisation judiciaire ; chez les anciens, elle présente l'expression de cette doctrine générale de l'antiquité, qu'une portion seule de l'humanité était digne de la liberté politique et civile.

Le droit moderne est plus grand, plus généreux ; il est fondé sur ce principe chrétien, que la liberté est l'apanage naturel de tout être doué d'une âme immortelle. Entre l'un et l'autre de ces points extrêmes se développent les vicissitudes et les destinées de la liberté humaine et de la procédure civile.

Le droit romain, le droit canonique et le droit féodal, sont les sources primitives de notre procédure française, sources épurées par la raison philosophique du dernier siècle. Si la sagesse pratique y peut encore introduire de salutaires réformes, son histoire particulière n'en est pas moins un des plus beaux monuments qu'on puisse élever à la gloire du droit français. A son essence scientifique joignez les grandes doctrines civiles sur lesquelles elle s'appuie, ou qu'elle développe, et la procédure vous apparaîtra comme un magnifique objet d'enseignement public, propre à faire aimer nos lois libérales, à réveiller en nous le goût des fortes études, et nécessaire pour compléter la science du jurisconsulte.

C'est ainsi que la comprenait M. Berriat-Saint-Prix ; c'est ainsi qu'il l'avait étudiée et qu'il l'enseignait à ses élèves.

Que vous dirai-je de ce professeur renommé, que vous ne sachiez mieux que moi ; vous, messieurs, qui avez vécu un quart de siècle auprès de lui, et vous aussi jeunes gens qu'il aimait?

M. Berriat, dès son jeune âge, montra le goût le plus marqué pour les travaux sérieux de l'esprit. A dix-huit ans, il traduisait un ouvrage de Cujas. A vingt-six ans, il occupait un emploi de professeur de législation à l'École centrale de l'Isère, et les agitations tumultueuses de nos révolutions politiques ne purent le distraire de ses graves études. De cette époque datent les services qu'il a rendus à la science du droit.

En 1805, au moment de la réorganisation de nos écoles de droit, il fut nommé professeur de procédure civile et de législation criminelle à Grenoble, et peu d'années après, il publia son *Cours de procédure*, dont six éditions épuisées, et plusieurs traductions en langue étrangère attestent le mérite et le succès. La réputation qu'il s'était acquise dans cet enseignement difficile, lui valut l'honneur d'être appelé, en 1819, à l'une des deux chaires de procédure civile, établies dans la Faculté de Paris. Il s'y montra ce qu'il avait été à Grenoble : érudit, patient et laborieux, jurisconsulte savant, professeur clair et méthodique, fonctionnaire exact et appliqué à ses devoirs.

Son *Histoire du droit romain*, publiée en 1821, offre des dissertations excellentes sur des points où il a véritablement enrichi la science de résultats nouveaux. Elle est suivie d'une *Histoire de Cujas*, œuvre la plus considérable et la plus complète que nous ayons sur cette grande époque de notre histoire littéraire, où l'enseignement de Cujas imprima aux études françaises une activité si féconde et si heureuse.

L'activité féconde de M. Berriat lui-même suffisait aux travaux les plus multipliés et les plus variés, et je ne pourrais rappeler ici ni ses ouvrages étrangers à la science du droit, ni les dissertations nombreuses dont il a enrichi nos collections académiques.

La considération dont il jouissait, et l'estime due à ses travaux, lui avaient ouvert les portes de l'Institut.

Au sein de cette compagnie savante, il se montra aussi exact, aussi zélé, aussi infatigable qu'à l'école de droit. Son âge n'avait attiédi ni son ardeur, ni ses habitudes laborieuses. Il est mort presque sans douleur, dans les bras d'une famille qui l'adorait, le 4 octobre 1845, après quarante ans de professorat, et si nous comptons l'École centrale, après quarante-neuf ans d'exercice.

Le mérite d'un tel maître doit nous rendre exigeants envers les candidats qui aspirent à recueillir son héritage, et nous devons à la mémoire d'un professeur si honoré, de demander beaucoup à ses héritiers présomptifs.

Une autre place, messieurs, est vacante dans cette Faculté, par la

promotion d'un de ses membres à des fonctions plus élevées, où la science pourra profiter, pendant longtemps, de ses utiles travaux, et où il demeure à vos yeux, messieurs les candidats, comme un modèle parfait de l'accomplissement de tous les devoirs.

Le spectacle qui se déploie devant nous, messieurs, montre les difficultés du succès, à l'époque où nous sommes, et la prospérité croissante des études juridiques. Trente candidats étaient inscrits pour disputer les deux couronnes dont nous pouvons disposer.

La science du droit est très-cultivée aujourd'hui en France, et l'impulsion en est due aux travaux de rénovation commencés dans l'école de Paris.

La noble manière de nos anciens jurisconsultes, la vigueur de leur touche et le bon sens profond de leur esprit se retrouvent dans quelques compositions de notre âge. C'est que les grandes et fortes études au milieu desquelles s'étaient formés nos devanciers, jadis affaiblies, se sont réveillées parmi nous. C'est surtout dans la méditation de la jurisprudence romaine que se sont retrempés les esprits.

L'apologie de cette méthode d'instruction juridique est superflue dans cette école où le droit romain est le principe fondamental de la doctrine et où les textes en ont été étudiés avec tant d'application. Elle est superflue aussi pour vous, messieurs les candidats, qui avez déjà montré, par vos travaux, une connaissance si exacte de cette législation ancienne, base première du droit européen, et source constante de l'éducation scientifique des jurisconsultes.

Vous apporterez, messieurs les candidats, dans les luttes de ce concours, la gravité d'une discussion digne du sacerdoce de l'enseignement auquel vous vous destinez; vous obtiendrez de nous une attention soutenue, une justice rigoureuse, et je déclare ouverte entre vous la seconde épreuve du concours[1].

Nous ne pouvons que nous associer à l'hommage rendu par M. Giraud à la mémoire de M. Berriat-Saint-Prix. L'éloge de ce savant professeur appelait naturellement l'éloge de la science à laquelle il a consacré sa vie, et nous avons vu avec plaisir un conseiller de l'Université faire ressortir (après Montesquieu, du reste) l'importance toute politique, toute sociale de ces formes de la procédure, trop souvent dénigrées par une critique superficielle.

Mais ce qui a frappé surtout l'attention de l'auditoire, c'est l'approbation solennelle donnée à l'institution du concours par l'un des hommes éclairés qui représentent les Facultés de droit

[1] La première épreuve consiste en deux compositions écrites, l'une sur une question de droit romain, l'autre sur une question de droit français.

dans l'administration universitaire supérieure. Depuis que les fonctions de M. Giraud l'ont appelé à présider un grand nombre de concours, il a reconnu par sa propre expérience la haute utilité que présentent les épreuves publiques, pour mettre en relief les solides résultats du travail et les véritables qualités du professeur.

Il est vrai que l'honorable conseiller, dans un intérêt de conciliation et de ménagement, admet que, par voie de mesure exceptionnelle, il serait bon de dispenser du concours certains hommes auxquels il donne la qualification d'*éminents*. En théorie pure, rien ne paraît plus judicieux et plus équitable ; mais quant à l'application pratique et quant aux résultats définitifs, nous avouerons que nos scrupules et notre défiance sont toujours les mêmes. Qui donc désignera ces professeurs prédestinés que leur mérite transcendant place fort au-dessus des épreuves du droit commun? Trop souvent, nous le craignons fort, ce seront les influences politiques, si puissantes dans un gouvernement parlementaire, ou bien encore les coteries scientifiques, où se déploie tant d'activité et d'adresse pour pousser les confrères et amis aux positions les plus élevées, bien entendu à charge de revanche dans l'occasion. Allons plus loin. Supposons un homme qui ait véritablement déployé un mérite supérieur, soit dans ses écrits, soit dans ses fonctions d'administrateur ou de magistrat : sera-t-il toujours, par cela seul, *éminemment* propre à l'enseignement? Le croire serait une erreur des plus dangereuses. Pour bien enseigner en chaire, il faut des qualités spéciales dont un grand homme, un J.-J. Rousseau, par exemple, peut être complétement dépourvu. Et sans chercher des exemples hors de notre temps, qu'on se rappelle un savant conseiller d'État, enlevé il y a peu d'années à ses nombreux et utiles travaux, et au nom duquel s'attachait une grande et juste considération. Rien n'avait semblé plus naturel et plus convenable que de le nommer directement à une chaire de droit administratif dans l'école de Paris. Eh bien! lorsqu'il dut communiquer à un nombreux auditoire la science qu'il avait pratiquée toute sa vie, son peu de succès a été un fait notoire, sinon pour le monde des salons et des académies, du moins pour la jeunesse des écoles, pour ses

collègues et pour tout le corps enseignant. Exemple frappant du danger qu'il peut y avoir à choisir un professeur en s'attachant uniquement au mérite, même réel et solide, qu'il aurait déployé dans des carrières étrangères à l'enseignement.

Une dernière observation que nous avons à faire sur le discours de M. Giraud, c'est que, tout en gardant la réserve que commandait sa position, il semble appeler de ses vœux, comme nous l'avons fait plusieurs fois dans cette *Revue*, la réforme du règlement actuel sur les concours. Ces épreuves *étroites et purement scolastiques* auxquelles il fait allusion, ne sont-ce pas ces argumentations imaginées en 1843, qui se concentrent sur un texte ou sur quelques questions *présentées par le soutenant lui-même*, au lieu de porter, comme dans les anciens et excellents règlements de nos écoles, sur l'ensemble d'une matière? Ici évidemment l'esprit exercé de M. Giraud a signalé le mal. Nous ne doutons pas qu'il n'use de toute son influence pour faire disparaître de malencontreuses innovations introduites, à notre grand regret, par des hommes trop éminents sans doute pour donner beaucoup d'attention à de pareils détails.

Quoi qu'on en ait dit [1], c'est dans l'amélioration, et non dans la suppression du concours, que se trouve l'avenir de l'enseignement. Au reste, les esprits sérieux qui ne se laissent dominer ni par des rancunes étroites, ni par des préoccupations d'intérêt personnel, se rallient, du moins en très-grand nombre, autour d'une précieuse garantie, dont l'application à d'autres branches des fonctions publiques est de plus en plus désirée et réclamée. Ainsi, dans la *haute commission* même, qui paraissait être composée en majorité d'hommes peu bienveillants pour le principe du concours appliqué aux chaires de droit, ce principe a été proclamé de la manière la plus éclatante; et si la commission a cru devoir admettre en faveur des professeurs de province une exception dont elle n'a pas bien défini l'étendue, au moins n'a-t-elle voulu en admettre d'aucune autre espèce. Telle est aussi à peu près l'opinion de M. Laferrière, le successeur de M. Giraud dans les fonctions importantes d'inspecteur général de

[1] V. *Revue de lég. et de jurispr.*, numéro de novembre, p. 379.

l'ordre du droit, qui nous a déclaré voir dans l'institution générale du concours une garantie salutaire et indispensable.

La *Revue de législation* du mois dernier félicite M. le ministre de l'instruction publique d'avoir évité, par la composition actuelle du jury du concours, *la trop grande prépondérance des membres de la Faculté.* Certes la Faculté de Paris est heureuse de trouver dans les concours une de ces occasions trop rares qui rapprochent le professorat de Paris de celui des autres parties de la France, et aussi de la magistrature : rapprochement utile sous tous les rapports, notamment pour dissiper certaines préventions injustes et habilement exploitées. Mais il est impossible de supposer qu'en augmentant d'une manière inusitée le nombre des juges adjoints, M. le ministre ait voulu faire autre chose qu'ajouter par cette imposante réunion, comme le dit M. Giraud, à la solennité du concours. Ce motif est tout favorable à l'institution elle-même, et prêter au ministre l'intention d'un blâme indirect dirigé contre la Faculté, ce serait faire injure à la franchise connue de son caractère.

Enfin la composition du jury, où se trouvent trois professeurs de droit étrangers à l'école de Paris, provoque de la part du rédacteur de la même *Revue* une observation qu'il qualifie d'*importante :* c'est qu'aucun de ces professeurs, déclarés capables de juger les épreuves du concours maintenant ouvert, ne pourrait cependant être appelé, directement et sans concours, à occuper lui-même la chaire vacante. C'est là, aux yeux du rédacteur de la *Revue*, une véritable énormité. Mais de ce qu'un homme est très-apte à juger du talent que déploie un savant ou un artiste dans sa profession ou dans son art, s'ensuit-il nécessairement que le même homme possède au plus haut degré le talent dont il s'agit? Non sans nul doute; car autrement dans le concours actuel où la chaire à donner est une chaire de procédure civile, le ministre aurait dû appeler à siéger, en qualité d'adjoints, trois professeurs de procédure civile, et non pas, comme il l'a fait, deux professeurs de Code civil et un professeur de droit romain. D'ailleurs, il faudrait donc dire aussi que les conseillers adjoints, parce qu'ils sont reconnus bons juges des concours, seraient capables d'occuper eux-mêmes, sans justifier d'aucune ap-

titude spéciale, les chaires de toute nature qui peuvent devenir vacantes dans les Facultés. Ce serait là une idée assurément fort bizarre et dont ces honorables magistrats se moqueraient des premiers. Qui a jamais imaginé de prétendre que Louis XIV et Napoléon aient été des savants de premier ordre dans les diverses branches des connaissances humaines, parce qu'ils savaient merveilleusement discerner chez les autres le mérite de toute nature? Or, s'il est vrai que tel ou tel individu isolé peut quelquefois apprécier, d'une manière admirable, un talent qu'il ne possède pas lui-même à un degré supérieur, à plus forte raison cela se conçoit-il de chacun des membres d'un jury de concours ou d'examen, puisque le jugement de ce jury émane non des lumières d'un juge isolé, mais de la réunion des lumières de tous, en un mot, de ce que les Anglais appellent assez heureusement la *sagesse collective*. Un argument de cette nature n'est donc en réalité qu'un jeu d'esprit et n'a aucune portée sérieuse dans la question.

Depuis que ces lignes ont été écrites, le jury du concours a procédé, le 22 décembre dernier, en exécution des articles 34 à 37 du règlement du 22 août 1843, au choix des candidats seuls admis à subir les épreuves spéciales et définitives. Voici la liste dressée, par ordre alphabétique, des candidats qui ont été choisis : pour la chaire de procédure civile, MM. Colmet-Daage, Roustain et Vuatrin, tous trois déjà professeurs suppléants de la Faculté de droit de Paris; et pour la suppléance, MM. Colmet de Santerre, Duranton et Véron-Duverger, docteurs en droit.

Le sentiment unanime des juges du concours a été de déplorer la rigueur du règlement, qui les forçait de circonscrire leurs choix dans d'aussi étroites limites, tandis qu'il y avait un grand nombre de docteurs très-capables de subir dignement les épreuves définitives, et entre lesquels un premier triage était des plus difficiles. Et notamment quant à la chaire vacante, on a trouvé bien étrange l'obligation imposée aux juges d'exclure un certain nombre de professeurs suppléants, avant qu'une seule épreuve eût été faite sur la matière spéciale de la chaire.

CHRONIQUE.

Bade (Grand-duché). Un décret, en date du 6 novembre 1846, règle provisoirement la manière dont il pourra être procédé au mariage civil, en cas d'empêchements ecclésiastiques.

Hanovre. Les chambres sont saisies en ce moment d'un projet de Code de procédure civile; la seconde chambre s'est montrée jusqu'à présent peu favorable à ce projet, qui exclut les principes du débat oral et de la publicité admis par la loi promulguée en Prusse le 21 juillet dernier. La seconde chambre a adopté la proposition concernant la loi de la presse promise par l'article 18 de l'acte fédéral : à cet égard elle a été cette fois devancée par la première chambre.

Hesse-Cassel (Électorat). Les États ont été dissous par un décret du 17 novembre. La dissolution a eu lieu par suite du rapport fait par M. Henkel, au nom de la commission à laquelle avaient été renvoyées les pétitions des communes dissidentes, contre la violation des articles 29 et 30 de la constitution électorale : ces articles garantissent à chacun la liberté entière de conscience et le libre exercice de son culte. La chambre avait accueilli avec faveur les conclusions du rapport, qui étaient en faveur de l'admission des pétitions.

Hesse-Darmstadt (Grand-duché). La seconde chambre, dans sa séance du 24 novembre, a adopté à la majorité de 29 voix contre 18, et de 31 contre 16, les articles 33 et 37 du projet de Code civil. Le premier article prescrit, pour la validité des mariages, qu'ils soient publiquement célébrés à l'église par l'ecclésiastique compétent, en présence de deux témoins. L'article 37 autorise exceptionnellement le mariage civil dans le cas où l'autorité ecclésiastique compétente refuserait de procéder à la célébration du mariage.

Prusse. Le Bulletin des lois (*Gesetz-Sammlung*), du 1er décembre, contient un ordre de cabinet concernant un traité passé entre les États de l'union douanière sur la fausse monnaie et sur l'altération des papiers publics. Aux termes de ce traité, les parties contractantes s'obligent de punir ceux de leurs sujets qui auraient commis le crime de fausse monnaie ou d'altération des papiers publics contre un autre État, comme s'ils s'étaient rendus coupables du crime envers leur propre gouvernement.

Rome. Le *Diario* du 7 novembre contient plusieurs décrets pontificaux qui ont pour objet : la suppression des tribunaux privilégiés appelés à statuer sur toutes les contestations engagées avec la camera (les attributions de ces tribunaux ont été conférées aux tribunaux ordinaires); l'établissement d'un certain nombre de chemins de fer, l'augmentation des membres de la commission instituée pour la révision de la législation civile et criminelle, etc.

Turquie. Le conseil supérieur siégeant au ministère du commerce, prépare un recueil des lois destinées à devenir le Code commercial de Turquie. Ce recueil comprendra notamment le Code de commerce français modifié selon les institutions du pays. Le livre I du Code de commerce français a été traduit et modifié par le conseil; le livre II, qui traite du commerce maritime, a été envoyé à un examen ultérieur; le livre III, relatif aux faillites et aux banqueroutes, est en ce moment l'objet des travaux du conseil, qui se termineront avec le livre IV, concernant la juridiction commerciale.

WURTEMBERG. Les chambres du royaume ont été convoquées en session extraordinaire pour le 4 janvier 1847. L'ouverture de la session aura lieu le 5.

FRANCE. Le *Moniteur* du 12 septembre publie une ordonnance royale du 11 du même mois, qui institue à Athènes une école française de perfectionnement pour l'étude de la langue, de l'histoire et des antiquités grecques. En voici les dispositions : « Art. 1er. Il est institué une école française de perfectionnement pour l'étude de la langue, de l'histoire et des antiquités grecques à Athènes. Cette école se compose d'élèves de l'École normale supérieure, reçus agrégés des classes d'humanités, d'histoire ou de philosophie. Elle est placée sous la direction d'un professeur de Faculté ou d'un membre de l'Institut nommé par nous. — Art. 2. Les membres de l'école française d'Athènes y passent deux années ; ils peuvent y rester une troisième année par décision spéciale de notre ministre secrétaire d'État au département de l'instruction publique, grand maître de l'Université. Pendant toute la durée de leur séjour, ils jouissent des traitements du professorat dont ils étaient revêtus à leur départ. — Art. 3. Le programme des cours d'études et des travaux de l'école française d'Athènes est arrêté par le grand maître de l'Université, en conseil royal. Ce programme ne peut être modifié que dans la même forme. Il est revisé tous les ans en conseil. — Art. 4. L'école française d'Athènes pourra ouvrir, avec l'autorisation de S. M. le roi de la Grèce, des cours publics et gratuits de langue et de littérature françaises et latines. Ses membres pourront, à la demande du gouvernement grec, professer dans l'Université et dans les écoles grecques tous les cours compatibles avec leurs études. Ils seront institués en commission des lettres pour conférer le baccalauréat ès lettres aux élèves des écoles françaises et latines de l'Orient qui ont reçu ou qui recevront le plein exercice de l'Université de France. — Art. 5. Le directeur de l'école française transmet tous les trois mois, à notre ministre secrétaire d'État au département de l'instruction publique, un rapport sur l'état des études et sur les travaux. Ce rapport sera mis sous nos yeux. La mission du directeur est de trois années. Elle peut être prolongée à cinq ans par décision spéciale du grand maître. — Art. 6. L'école française est placée sous la surveillance et l'autorité de notre ministre près S. M. le roi de la Grèce. Ce ministre peut toujours mettre un terme au séjour de ceux des membres de l'école dont le travail ou la conduite ne répondraient pas à la pensée de l'institution et à notre attente. — Art. 7. L'école française d'Athènes pourra recevoir, par décision ministérielle, tous les développements nécessaires aux progrès des lettres ou des arts et à l'étude des monuments. »

— Une ordonnance du 17 novembre, rendue en exécution de la loi du 3 juillet dernier sur le budget des dépenses de 1847, a fixé les traitements des membres de la cour des comptes ainsi qu'il suit :

Celui du premier président, à 30,000 fr. ; — celui de chacun des trois présidents de chambre, à 18,000 fr. ; — celui du procureur général, à 30,000 fr. ; — celui de chacun des dix-huit conseillers-maîtres, à 15,000 fr. ; — celui du greffier en chef, à 15,000 fr. ; — celui de chacun des dix-huit conseillers référendaires de première classe, à 6,000 fr. ; — celui de chacun des soixante-deux conseillers référendaires de deuxième classe, à 2,400 fr.

— Par arrêté de M. le ministre de l'instruction publique en date du 19 novembre, M. Lecavelier, docteur en droit, est délégué en qualité de suppléant provisoire près la Faculté de droit de Caen.

— Une ordonnance du 2 décembre porte de trois à six le nombre des juges de paix de la Guiane française. Aux termes de l'article 2 : « Les juges de paix sont

appelés à concourir aux tournées et aux inspections prescrites pour le patronage des esclaves par l'ordonnance du 5 janvier 1840. Ils participent à ce service en exécution et dans la limite des délégations spéciales qui leur sont respectivement données par le procureur général, ou, au nom de celui-ci, par le procureur du roi. »

— Le *Bulletin des lois* du 5 décembre publie le traité de commerce intervenu entre la France et la Russie, dont les ratifications ont été échangées le 9 novembre.

L'article 1er de ce traité porte que les sujets des deux États respectifs pourront séjourner et résider librement dans quelque partie que ce soit des territoires desdits États, pour y vaquer à leurs affaires, et qu'ils y jouiront à cet effet de la même sécurité et protection que les sujets du pays dans lequel ils résident, à la condition toutefois de se soumettre aux lois et aux règlements qui y sont en vigueur.

— Le *Moniteur* du 9 décembre publie une ordonnance qui déclare que certains fonctionnaires sont de droit officiers de l'Université et officiers d'Académie, et qui détermine à quelles conditions ces mêmes titres pourront être décernés à l'avenir. L'article 7 est ainsi conçu : « Nul ne peut être revêtu des titres universitaires, ni » proposé pour ces titres par les inspecteurs généraux et recteurs, s'il ne remplit » toutes les conditions de grades prescrites par les règlements pour les fonctions » dont il est en possession. A l'avenir, nul ne sera revêtu d'un de ces titres s'il ne » compte cinq ans de service dans l'Université ; nul ne sera promu à un titre supérieur s'il ne compte cinq ans de service dans le titre inférieur. Il ne peut être » dérogé à ces dispositions que par un arrêté individuel et motivé. » Cette ordonnance est du 1er novembre.

Le même numéro du *Moniteur* contient deux arrêtés du ministre de l'instruction publique. Le premier, en date du 26 novembre, expose de quelle manière les titres universitaires sont ou peuvent être décernés. Il est divisé en trois sections : la première concerne les hauts titulaires de l'Université ; la seconde, les officiers de l'Université ; la troisième, les officiers d'Académie. On peut s'étonner que les suppléants des Facultés de droit ne soient pas déclarés, comme les agrégés des autres Facultés, officiers de l'Université après cinq ans d'exercice, et ne soient mis sur la même ligne que les agrégés que relativement au titre d'officiers d'Académie.

Le règlement des travaux du conseil royal de l'Université fait l'objet des dispositions du deuxième arrêté, qui porte la date du 8 décembre.

FIN DE LA PREMIÈRE PARTIE DU TOME TROISIÈME.



